



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 2014 Vol. 1**

**1<sup>er</sup> cahier, 2014 Vol. 1**

Cited as [2014] 1 S.C.R. 3-308

Renvoi [2014] 1 R.C.S. 3-308

---

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  
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

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

AMÉLIE LAVICTOIRE  
KAREN LEVASSEUR  
JOANNE NORMAN  
LORRAINE PILETTE  
RÉMI SAMSON

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

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

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes  
JULIE BOULANGER  
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU  
CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET  
MONIQUE DELORME

Technical Revisors / Réviseurs techniques  
NANCY MCCAUGHAN

PAULINE MCTAVISH  
ANNE-MARIE NOËL

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

Administrative Assistants / Adjoins administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ                      MANON PLOUFFE

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

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

## CONTENTS

### **A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd. .... 177**

Torts — Intentional torts — Unlawful interference with economic relations — Scope of liability — Minority owner of apartment building and its director interfering with attempts by majority owners to sell building to third parties — Whether minority owner and its director liable in tort for unlawful interference with economic relations.

Fiduciary duty — Breach by director — Minority owner of apartment building and its director interfering with attempts by majority owners to sell building to third parties — Whether director liable for breach of fiduciary duty.

### **Bernard v. Canada (Attorney General) ..... 227**

Labour relations — Administrative law — Standard of review — Unions — Representational duties — Labour relations board ordering employer to disclose home contact information of members of bargaining unit to union — Board holding that disclosure necessary to permit union to carry out representational duties — Individual employee challenging order on grounds that it violated her rights under Privacy Act and s. 2(d) of Charter — Whether board's decision determining that order did not contravene Privacy Act was reasonable — Public Service Labour Relations Act, S.C. 2003, c. 22, ss. 2, 186(1)(a) — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8(2)(a).

### **Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak ..... 126**

Civil procedure — Summary judgment — Investor bringing action in civil fraud and subsequently bringing a motion for summary judgment — Motion judge granting summary judgment but being overruled by Court of Appeal — Elements of civil fraud — Whether motion judge erred in granting summary judgment — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 20.

### **Hryniak v. Mauldin ..... 87**

Civil procedure — Summary judgment — Investors bringing action in civil fraud and subsequently bringing a motion for summary judgment — Motion judge granting summary judgment — Purpose of summary judgment motions — Access to justice — Proportionality — Interpretation of recent amendments to Ontario Rules of Civil Procedure — Trial management orders — Standard of review for summary judgment motions — Whether motion judge erred in granting summary judgment — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 20.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd. .... 177**

Responsabilité délictuelle — Délits intentionnels — Atteinte illégale aux rapports économiques — Champ de la responsabilité — Entrave par le propriétaire minoritaire d'un immeuble d'habitation et son administrateur aux efforts déployés par les propriétaires majoritaires en vue de vendre l'immeuble à un tiers — Le propriétaire minoritaire et son administrateur sont-ils délictuellement responsables d'atteinte illégale aux rapports économiques?

Obligation fiduciaire — Manquement par un administrateur — Entrave par le propriétaire minoritaire d'un immeuble d'habitation et son administrateur aux efforts déployés par les propriétaires majoritaires en vue de vendre l'immeuble à un tiers — L'administrateur a-t-il manqué à son obligation fiduciaire?

### **Bernard c. Canada (Procureur général) ..... 227**

Relations du travail — Droit administratif — Norme de contrôle — Syndicats — Obligations de représentation — Ordonnance de la Commission des relations de travail pour que l'employeur communique les coordonnées résidentielles des membres d'une unité de négociation au syndicat — Décision de la Commission selon laquelle la communication est nécessaire pour que le syndicat puisse s'acquitter de ses obligations de représentation — Ordonnance contestée par une employée qui invoque la violation de ses droits protégés par la Loi sur la protection des renseignements personnels et par l'art. 2d) de la Charte — La décision de la Commission selon laquelle l'ordonnance ne contrevenait pas à la Loi sur la protection des renseignements personnels était-elle raisonnable? — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22, art. 2, 186(1)a — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 8(2)a).

### **Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak ..... 126**

Procédure civile — Jugement sommaire — Investisseur intentant une action pour fraude civile et présentant ensuite une requête en jugement sommaire — Jugement accueillant la requête en jugement sommaire infirmé par la Cour d'appel — Éléments de la fraude civile — Le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur en accueillant la requête en jugement sommaire? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 20.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **R. v. Auclair ..... 83**

Criminal law — Trial — Trial management — Direct indictment before judge at first instance setting out 29 counts involving more than 150 accused — Stay of proceedings ordered on certain counts because of unreasonable delays — Judge justified in exercising his discretion to protect rights of accused guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms and to further public's interest in avoiding collapse of prosecution.

### **R. v. Davis ..... 78**

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Application of curative proviso — Trial judge's error in allocating burden of proof may have tainted evaluation of evidence of whether excessive force used by police officer — Curative proviso not applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

### **R. v. Flaviano ..... 270**

Criminal law — Offences — Sexual assault — Mens rea — Consent — Accused charged with sexual assault — Trial judge acquitting accused on grounds that he may have had honest but mistaken belief as to complainant's consent — Court of Appeal setting aside acquittal and substituting conviction — No air of reality to defence of mistaken belief in consent — Trial judge erring in finding that accused took reasonable steps in ascertaining consent of complainant.

### **R. v. James ..... 80**

Criminal law — Offences — Sexual assault — Evidence — Consent — Accused stating to police that complainant consented to sexual relations — Statement not admitted into evidence and accused maintaining that he had virtually no recollection of events — Accused acquitted but new trial subsequently ordered — In assessing consent, trial judge could not rely on police statement not forming part of record and should have taken into account other circumstantial evidence.

### **R. v. Koczab ..... 138**

Constitutional law — Charter of rights — Right to be informed of offence charged — Right to counsel — Psychological detention — Trial judge did not err in finding accused psychologically detained and s. 10 Charter rights breached — Breach warranted that evidence be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10, 24(2).

## SOMMAIRE (Suite)

### **Hryniak c. Mauldin ..... 87**

Procédure civile — Jugement sommaire — Investisseur intentant une action pour fraude civile et présentant ensuite une requête en jugement sommaire — Requête en jugement sommaire accueillie — Objectif des requêtes en jugement sommaire — Accès à la justice — Proportionnalité — Interprétation des modifications récentes apportées aux Règles de procédure civile de l'Ontario — Ordonnances de gestion de l'instance — Norme de contrôle applicable aux requêtes en jugement sommaire — Le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur en accueillant la requête en jugement sommaire? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 20.

### **R. c. Auclair ..... 83**

Droit criminel — Procès — Gestion du procès — Juge de première instance saisi d'un acte d'accusation direct comprenant 29 chefs d'accusation visant plus de 150 accusés — Arrêt des procédures ordonné sous certains chefs d'accusation en raison de délais déraisonnables — Le juge de première instance a eu raison d'exercer sa discrétion dans le but de protéger les droits des accusés garantis par la Charte canadienne des droits et libertés et dans l'intérêt du public à éviter l'effondrement de la poursuite.

### **R. c. Davis ..... 78**

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Application de la disposition réparatrice — Erreur de la juge du procès dans l'attribution du fardeau de la preuve susceptible d'avoir joué dans l'évaluation de la preuve relative à la question de savoir si le policier a employé ou non une force excessive — Disposition réparatrice non applicable — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

### **R. c. Flaviano ..... 270**

Droit criminel — Infractions — Agression sexuelle — Mens rea — Consentement — Accusé inculpé d'agression sexuelle — Acquittement prononcé par la juge du procès au motif que l'accusé a pu croire sincèrement, mais à tort, que la plaignante était consentante — Acquittement annulé par la Cour d'appel qui y a substitué une déclaration de culpabilité — Invraisemblance de la défense fondée sur la croyance erronée au consentement — Erreur commise par la juge du procès lorsqu'elle a conclu que l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de la plaignante.

*Continued on next page*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **R. v. MacDonald ..... 37**

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police responding to noise complaint at accused's residence — Accused answering door while concealing loaded restricted firearm — Police pushing door open further to ascertain concealment — Whether officer's conduct constituted search and if so, whether search reasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Criminal law — Offences — Elements of offence — Mens rea — Possession of loaded restricted firearm — Police responding to noise complaint at accused's residence — Accused answering door while concealing loaded restricted firearm — Accused's licence to possess firearm in Alberta not extending to Nova Scotia, but accused believing it did — Whether Crown required to prove accused knew or was wilfully blind to fact that possession of firearm was unauthorized — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 95.

### **R. v. Sekhon ..... 272**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Expert evidence — Curative proviso — Accused charged with importation of cocaine and possession for purpose of trafficking — Cocaine found in concealed compartment of truck accused was driving — Accused denying knowledge of presence of cocaine — Police officer testifying he had never encountered blind courier over course of his many investigations — Whether trial judge erred in admitting and relying upon this expert evidence of police officer — If so, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

### **R. v. W.E.B. .... 34**

Criminal law — Trial — Ineffective assistance of counsel — Accused challenging competence of his trial counsel on several grounds — Court of Appeal rejecting accused's submissions of ineffective assistance — Whether miscarriage of justice occurred — Court of Appeal's findings as to accused's ineffective assistance claims entitled to deference — Court of Appeal's findings supported by the record — No error in Court of Appeal's analysis or conclusion.

### **R. v. Yelle ..... 140**

Criminal law — Reasonable verdict — Accused charged with sexual assault and uttering threats — Jury returning guilty verdict to lesser included offence of assault —

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **R. c. James ..... 80**

Droit criminel — Infractions — Agression sexuelle — Preuve — Consentement — Déclaration de l'accusé aux policiers selon laquelle la plaignante a consenti aux rapports sexuels — Déclaration non admise en preuve et accusé soutenant au procès n'avoir pratiquement aucun souvenir des faits survenus à ce moment — Accusé acquitté, mais nouveau procès ordonné par la suite — Dans l'examen de la question du consentement, le juge du procès ne pouvait tenir compte de la déclaration aux policiers qui ne faisait pas partie du dossier, et il devait tenir compte d'autres éléments de preuve circonstancielle.

### **R. c. Koczab ..... 138**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être informé de l'infraction reprochée — Droit à l'assistance d'un avocat — Détention psychologique — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en concluant que l'accusé a été détenu psychologiquement et que les droits garantis à ce dernier par l'art. 10 de la Charte ont été violés — Cette violation justifiait l'exclusion de la preuve — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10, 24(2).

### **R. c. MacDonald ..... 37**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Policier répondant à une plainte de bruit à la résidence de l'accusé — Accusé dissimulant une arme à feu à autorisation restreinte chargée en ouvrant la porte — Policier poussant la porte pour l'ouvrir un peu plus afin de voir ce que dissimulait l'accusé — La conduite du policier constituait-elle une fouille et, dans l'affirmative, la fouille était-elle abusive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit criminel — Infractions — Éléments de l'infraction — Mens rea — Possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée — Policier répondant à une plainte de bruit à la résidence de l'accusé — Accusé dissimulant une arme à feu à autorisation restreinte chargée en ouvrant la porte — Accusé croyant à tort que son permis de possession d'une arme à feu en Alberta était valide en Nouvelle-Écosse — Le ministère public devait-il prouver que l'accusé savait ou avait ignoré volontairement que sa possession de l'arme à feu n'était pas autorisée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 95.

### **R. c. Sekhon ..... 272**

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve d'expert — Disposition réparatrice — Accusations d'importation de cocaïne et de possession en vue d'en

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Jury's verdict reasonable in light of photographic evidence establishing assault beyond a reasonable doubt — Trial judge not required in circumstances to give warning as to witness reliability — Trial judge's decision to instruct on lesser offence of assault entitled to deference having regard to totality of evidence.

### **Telecommunications Employees Association of Manitoba Inc. v. Manitoba Telecom Services Inc. ....142**

Pensions — Pension plans — Surplus — Members of pension plan having assets and pension rights transferred to new pension plan as result of privatization of employer — Original pension fund having actuarial surplus of 43 million dollars — Actuarial surplus sole result of employee contributions to old plan — Employer using surplus to take contribution holiday — Legislation stating that on implementation date new plan to provide benefits equivalent in value to those which employees were entitled to under old plan — Whether employer violated legal duties — The Manitoba Telephone System Reorganization and Consequential Amendments Act, S.M. 1996, c. 79, s. 15.

### **Vivendi Canada Inc. v. Dell'Aniello ..... 3**

Civil procedure — Class actions — Conditions for authorization of action — Identical, similar or related questions of law or fact — Principle of proportionality — Application for authorization to institute class action on behalf of all beneficiaries of private health insurance plan in order to challenge validity of unilateral amendment made to plan by employer and in order to recover damages related to that amendment — Whether claims of all members of proposed group raise common question that can serve to advance resolution of litigation — Whether commonality requirement means that common answer necessary for all members of group — Whether motion judge can rely on principle of proportionality to refuse to authorize class action that otherwise meets four criteria established by legislature — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 4.2, 1003(a).

## SOMMAIRE (Suite)

faire le trafic — Cocaïne trouvée dans un compartiment secret de la camionnette conduite par l'accusé — Dénégation par l'accusé de toute connaissance de la présence de la cocaïne à bord — Témoignage d'un policier selon lequel il n'avait jamais eu affaire à un passeur involontaire au cours de ses nombreuses enquêtes — Le juge du procès a-t-il eu tort d'admettre ce témoignage et de se fonder sur lui? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

### **R. c. W.E.B. .... 34**

Droit criminel — Procès — Assistance ineffective par un avocat — Contestation par l'accusé de la compétence de son avocate pour différentes raisons — Rejet par la Cour d'appel des allégations d'assistance ineffective formulées par l'accusé — Y a-t-il eu erreur judiciaire? — Les constatations de la Cour d'appel relativement à ces allégations commandent la déférence — Ces constatations sont étayées par le dossier — Aucune erreur n'entache l'analyse ou la conclusion de la Cour d'appel.

### **R. c. Yelle ..... 140**

Droit criminel — Verdict raisonnable — Accusé inculpé d'agression sexuelle et d'avoir proféré des menaces — Verdict de culpabilité prononcé par le jury à l'égard de l'infraction moindre et incluse de voies de fait — Ce verdict est raisonnable compte tenu de la preuve photographique établissant hors de tout doute raisonnable la perpétration de voies de fait — La juge du procès n'était pas tenue dans les circonstances de faire une mise en garde relativement à la fiabilité du témoin — La décision de la juge du procès de donner des directives au sujet de l'infraction moindre et incluse de voies de fait commande la déférence eu égard à l'ensemble de la preuve.

### **Telecommunications Employees Association of Manitoba Inc. c. Manitoba Telecom Services Inc. ....142**

Pensions — Régimes de retraite — Surplus — Transfert à un nouveau régime de l'actif du régime de retraite des participants et de leurs droits à pension par suite de la privatisation de l'employeur — Surplus actuariel du régime de retraite initial s'élevant à 43 millions de dollars — Surplus actuariel strictement attribuable aux cotisations des employés à l'ancien régime — Utilisation du surplus par l'employeur pour s'accorder des périodes d'exonération de cotisations — Disposition législative prévoyant que le nouveau régime doit permettre le versement de prestations qui, le jour de la mise en œuvre, sont de valeur équivalente à celle des prestations

*Suite à la page suivante*

## SOMMAIRE (Fin)

auxquelles les employés avaient droit aux termes de l'ancien régime — L'employeur a-t-il manqué à ses obligations légales? — Loi concernant la réorganisation de la Société de téléphone du Manitoba et apportant des modifications corrélatives, L.M. 1996, ch. 79, art. 15.

### **Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello ..... 3**

Procédure civile — Recours collectifs — Conditions d'ouverture du recours — Questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes — Principe de la proportionnalité — Demande d'autorisation d'exercer un recours collectif au nom de l'ensemble des bénéficiaires d'un régime privé d'assurance-maladie pour attaquer la validité d'une modification unilatérale apportée par l'employeur au régime et pour recouvrer les dommages découlant de cette modification — Les réclamations de l'ensemble des membres du groupe proposé soulèvent-elles une question commune qui puisse faire progresser le règlement du litige? — Le critère de la communauté de questions exige-t-il une réponse commune pour tous les membres du groupe? — Le juge d'autorisation peut-il, au nom du principe de la proportionnalité, refuser d'autoriser un recours collectif qui respecterait par ailleurs les quatre critères établis par le législateur? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 4.2, 1003a).

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 1, 2014**

**1<sup>er</sup> volume, 2014**



**Vivendi Canada Inc.** *Appellant*

v.

**Michel Dell’Aniello** *Respondent*

and

**Alliance of Manufacturers & Exporters of Canada, carrying on business as Canadian Manufacturers & Exporters, and Canadian Chamber of Commerce** *Interveners*

**INDEXED AS: VIVENDI CANADA INC. v. DELL’ANIELLO**

**2014 SCC 1**

File No.: 34800.

2013: April 24; 2014: January 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Civil procedure — Class actions — Conditions for authorization of action — Identical, similar or related questions of law or fact — Principle of proportionality — Application for authorization to institute class action on behalf of all beneficiaries of private health insurance plan in order to challenge validity of unilateral amendment made to plan by employer and in order to recover damages related to that amendment — Whether claims of all members of proposed group raise common question that can serve to advance resolution of litigation — Whether commonality requirement means that common answer necessary for all members of group — Whether motion judge can rely on principle of proportionality to refuse to authorize class action that otherwise meets four criteria established by legislature — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 4.2, 1003(a).*

The litigation in this case arises out of a unilateral amendment made by V to the health insurance plan (“Plan”) of which it is the sponsor for its retirees and their surviving spouses. D filed a motion for authorization

**Vivendi Canada Inc.** *Appelante*

c.

**Michel Dell’Aniello** *Intimé*

et

**Alliance des manufacturiers et des exportateurs du Canada, faisant affaire sous le nom de Manufacturiers et Exportateurs Canada, et Chambre de commerce du Canada** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : VIVENDI CANADA INC. c. DELL’ANIELLO**

**2014 CSC 1**

N° du greffe : 34800.

2013 : 24 avril; 2014 : 16 janvier.

Présents : Les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Procédure civile — Recours collectifs — Conditions d’ouverture du recours — Questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes — Principe de la proportionnalité — Demande d’autorisation d’exercer un recours collectif au nom de l’ensemble des bénéficiaires d’un régime privé d’assurance-maladie pour attaquer la validité d’une modification unilatérale apportée par l’employeur au régime et pour recouvrer les dommages découlant de cette modification — Les réclamations de l’ensemble des membres du groupe proposé soulèvent-elles une question commune qui puisse faire progresser le règlement du litige? — Le critère de la communauté de questions exige-t-il une réponse commune pour tous les membres du groupe? — Le juge d’autorisation peut-il, au nom du principe de la proportionnalité, refuser d’autoriser un recours collectif qui respecterait par ailleurs les quatre critères établis par le législateur? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 4.2, 1003a).*

Le litige résulte d’une modification unilatérale apportée par V au régime d’assurance-maladie (« Régime ») dont elle est le promoteur pour ses retraités et leurs conjoints survivants. D a déposé au nom de

to institute a class action, on behalf of all the beneficiaries of the Plan, in order to challenge the validity of the amendment. The Superior Court dismissed the motion on the basis that the claims of all the members of the proposed group did not raise questions that were identical, similar or related, given the different rules governing each member's right to insurance benefits. The Court of Appeal concluded that the judge who heard the motion for authorization had erred in his assessment with respect to the criterion set out in art. 1003(a) of the *Code of Civil Procedure* ("C.C.P."), and that there was a question common to the claims of all the members of the group.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Article 1003(a) *C.C.P.* provides that a class action may be authorized only if the court concludes that "the recourses of the members raise identical, similar or related questions of law or fact". This commonality requirement applies not only in Quebec law, but also in that of all the common law provinces of Canada. However, the requirement is expressed in broader and more flexible terms in art. 1003(a) than in the legislation of the other provinces that have legislated with respect to class actions. To meet the commonality requirement of art. 1003(a) *C.C.P.*, the applicant must show that an aspect of the case lends itself to a collective decision and that once a decision has been reached on that aspect, the parties will have resolved a not insignificant portion of the dispute. All that is needed in order to meet the requirement of art. 1003(a) is therefore that there be an identical, related or similar question of law or fact, unless that question would play only an insignificant role in the outcome of the class action. It is not necessary that the question make a complete resolution of the case possible. The common questions do not have to lead to common answers. At the authorization stage, the approach taken to the commonality requirement in Quebec civil procedure is a flexible one. As a result, the criterion of art. 1003(a) may be met even if the common questions raised by the class action require nuanced answers for the various members of the group.

The fact that members of the group live in different Canadian provinces should not prevent the court from authorizing the class action, given that it can accept proof of the law applicable in the common law provinces or take judicial notice of that law. Only substantial differences between the applicable legal schemes would cause the action to lose its collective nature.

l'ensemble des bénéficiaires du Régime une requête en autorisation d'exercer un recours collectif pour attaquer la validité de cette modification. La Cour supérieure a rejeté la requête, au motif que les réclamations de l'ensemble des membres du groupe proposé ne soulevaient pas de questions identiques, similaires ou connexes, compte tenu des règles différentes régissant le droit de chacun des membres aux prestations d'assurance. La Cour d'appel a conclu que le juge d'autorisation avait fait erreur dans son appréciation du critère énoncé à l'al. 1003(a) du *Code de procédure civile* (« *C.p.c.* ») et qu'il existe une question commune aux réclamations de l'ensemble des membres du groupe.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

L'alinéa 1003(a) *C.p.c.* précise qu'un recours collectif ne peut être autorisé que si le tribunal conclut que « les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes ». Ce critère de la communauté de questions est requis non seulement par le droit québécois, mais aussi par celui de toutes les provinces de common law canadiennes. Le libellé de l'al. 1003(a) décrit toutefois ce critère en termes plus larges et plus flexibles que les lois des autres provinces qui ont légiféré en matière de recours collectifs. Pour satisfaire au critère de la communauté de questions de l'al. 1003(a) *C.p.c.*, le requérant doit démontrer qu'un aspect du litige se prête à une décision collective et, qu'une fois cet aspect décidé, les parties auront réglé une part non négligeable du litige. Ainsi, la seule présence d'une question de droit ou de fait identique, connexe ou similaire suffit pour satisfaire au critère énoncé à l'al. 1003(a) sauf si cette question ne joue qu'un rôle négligeable quant au sort du recours. Il n'est pas requis que la question permette une résolution complète du litige. Les questions communes n'appellent pas nécessairement des réponses communes. Au stade de l'autorisation, la procédure civile québécoise retient une conception souple du critère de la communauté de questions. En conséquence, le critère de l'al. 1003(a) peut être respecté même si des réponses nuancées doivent être apportées, pour les divers membres du groupe, aux questions communes soulevées par le recours collectif.

Le fait que des membres du groupe demeurent dans différentes provinces canadiennes ne devrait pas empêcher le tribunal d'autoriser l'exercice du recours collectif, compte tenu qu'il peut recevoir la preuve du droit applicable dans les provinces de common law ou en prendre connaissance d'office. Seules des divergences substantielles entre les différents régimes juridiques applicables feraient perdre au recours sa dimension collective.

Moreover, art. 1003 is clear: the motion judge must authorize the class action if he or she is of the opinion that the four criteria are met. The judge does not have to ask whether a class action is the most appropriate procedural vehicle. The effect of the principle of proportionality set out in art. 4.2 *C.C.P.* is to reinforce the discretion judges are already acknowledged to have when considering each of the four criteria of art. 1003 *C.C.P.* However, the motion judge cannot rely on the principle of proportionality to refuse to authorize an action that otherwise meets the established criteria. The proportionality of the class action is not a separate fifth criterion.

In this case, the motion judge made two errors in assessing the criterion of art. 1003(a) *C.C.P.*: first, he ruled on the merits of the case by determining that the rights to insurance benefits of certain members of the group had not crystallized, thereby overstepping the bounds of the function of screening motions to which he should have limited himself; second, he adopted the wrong methodology by seeking common answers rather than merely identifying one or more questions that were common to the claims of all the members of the proposed group. As a result, this Court, like the Court of Appeal, must reopen the analysis under art. 1003(a) in light of the applicable principles. The main question raised in D's motion for authorization to institute a class action is whether the amendments made to the Plan in 2009 are valid or lawful. Those amendments had the effect of reducing, as of January 1, 2009, certain benefits promised to the retirees and surviving spouses. Since the claims of all the group's members are based on the Plan, the question of the validity or the legality of the 2009 amendments arises for all the members. The answer to this question can serve to advance the resolution of all the claims. Hence, there is a common question. The existence of subgroups within the proposed group does not on its own constitute a sufficient basis for refusing to authorize a class action. The circumstances of the various members of the group can differ as long as the members have no conflicting interests.

The validity or legality of the 2009 amendments and the other questions raised by D in his motion for authorization to institute a class action are the type of questions referred to in art. 1003(a) *C.C.P.* Since V has admitted that the conditions of art. 1003(c) and (d) are met and has not contested the Court of Appeal's decision

En outre, l'art. 1003 est clair : lorsque le juge d'autorisation est d'avis que les quatre critères sont respectés, il doit autoriser le recours collectif. Il n'a pas à se demander si le recours collectif est le véhicule procédural le plus adéquat. Le principe de la proportionnalité énoncé à l'art. 4.2 *C.p.c.* a pour effet de renforcer le pouvoir d'appréciation déjà reconnu au juge dans l'examen de chacun des quatre critères prévus à l'art. 1003 *C.p.c.* Toutefois, le juge d'autorisation ne peut pas, au nom du principe de la proportionnalité, refuser d'autoriser un recours qui respecterait par ailleurs les critères établis. La proportionnalité du recours collectif ne constitue pas un cinquième critère indépendant.

En l'espèce, le juge d'autorisation a commis deux erreurs dans son appréciation du critère énoncé à l'al. 1003a) *C.p.c.* : d'une part, il s'est prononcé sur le fond du litige en statuant que les droits de certains membres du groupe à des prestations d'assurance ne s'étaient pas cristallisés, outrepassant ainsi la fonction de filtrage des requêtes à laquelle il devait se limiter; d'autre part, il a adopté une méthodologie erronée en cherchant des réponses communes au lieu de se limiter à cerner une ou plusieurs questions communes aux réclamations de l'ensemble des membres du groupe proposé. En conséquence, notre Cour, à l'instar de la Cour d'appel, se doit de reprendre l'analyse requise par l'al. 1003a) selon les principes applicables. La principale question que soulève la requête en autorisation d'exercer un recours collectif présentée par D est la validité ou la légalité des modifications apportées au Régime en 2009. Ces modifications ont eu pour effet de réduire, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009, certains avantages promis aux retraités et aux conjoints survivants. Comme les réclamations de chacun des membres du groupe sont basées sur le Régime, la question de la validité ou de la légalité des modifications de 2009 se pose à l'égard de tous les membres du groupe. La réponse à cette question permettra de faire progresser le règlement de l'ensemble des réclamations. Ces divers éléments indiquent donc la présence d'une question commune. L'existence de sous-groupes à l'intérieur du groupe proposé ne constitue pas à elle seule un motif suffisant pour refuser l'autorisation d'exercer un recours collectif. Les circonstances des divers membres du groupe peuvent varier, pourvu qu'il n'existe pas de conflit d'intérêts entre ceux-ci.

La validité ou la légalité des modifications de 2009 ainsi que les autres questions formulées par D dans sa requête en autorisation d'exercer un recours collectif constituent des questions visées à l'al. 1003a) *C.p.c.* Puisque V a admis que les conditions fixées aux al. c) et d) sont remplies et n'a pas contesté la décision de la Cour

finding that the one set out in art. 1003(b) is met, all the criteria of art. 1003 C.C.P. are met.

### Cases Cited

**Considered:** *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184; **referred to:** *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Bouchard v. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; *Union des consommateurs v. Bell Canada*, 2012 QCCA 1287, [2012] R.J.Q. 1243; *Harmegnies v. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380 (CanLII); *Union des consommateurs v. Bell Canada*, 2010 QCCA 351 (CanLII); *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600; *Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65; *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) v. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît*, 2011 QCCA 826 (CanLII); *Frey v. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156; *Comité d'environnement de La Baie inc. v. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée*, [1990] R.J.Q. 655; *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541 (2011); *Riendeau v. Compagnie de la Baie d'Hudson*, 2000 CanLII 9262; *Lallier v. Volkswagen Canada inc.*, 2007 QCCA 920, [2007] R.J.Q. 1490; *Del Guidice v. Honda Canada inc.*, 2007 QCCA 922, [2007] R.J.Q. 1496; *Kelly v. Communauté des Sœurs de la Charité de Québec*, [1995] J.Q. n° 3377 (QL); *Brown v. B2B Trust*, 2012 QCCA 900 (CanLII); *General Motors du Canada ltée v. Billette*, 2009 QCCA 2476, [2010] R.J.Q. 66; *Apple Canada Inc. v. St-Germain*, 2010 QCCA 1376 (CanLII).

### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 2809, 3118.  
*Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c. C-18.1, s. 5(1)(c).  
*Class Actions Act*, S.S. 2001, c. C-12.01, s. 6(1)(c).  
*Class Proceedings Act*, C.C.S.M. c. C130, s. 4(c).  
*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(1)(c).  
*Class Proceedings Act*, R.S.N.B. 2011, c. 125, s. 6(1)(c).  
*Class Proceedings Act*, S.A. 2003, c. C-16.5, s. 5(1)(c).  
*Class Proceedings Act*, S.N.S. 2007, c. 28, s. 7(1)(c).  
*Class Proceedings Act*, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1)(c).  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 4.2, 999(d) "class action", 1003.

d'appel concluant au respect de celle prévue à l'al. b), tous les critères énoncés à l'art. 1003 C.p.c. sont donc respectés.

### Jurisprudence

**Arrêts examinés :** *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184; **arrêts mentionnés :** *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2012 QCCA 1287, [2012] R.J.Q. 1243; *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380 (CanLII); *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2010 QCCA 351 (CanLII); *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600; *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65; *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît*, 2011 QCCA 826 (CanLII); *Frey c. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156; *Comité d'environnement de La Baie inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée*, [1990] R.J.Q. 655; *Wal-Mart Stores, Inc. c. Dukes*, 131 S. Ct. 2541 (2011); *Riendeau c. Compagnie de la Baie d'Hudson*, 2000 CanLII 9262; *Lallier c. Volkswagen Canada inc.*, 2007 QCCA 920, [2007] R.J.Q. 1490; *Del Guidice c. Honda Canada inc.*, 2007 QCCA 922, [2007] R.J.Q. 1496; *Kelly c. Communauté des Sœurs de la Charité de Québec*, [1995] J.Q. n° 3377 (QL); *Brown c. B2B Trust*, 2012 QCCA 900 (CanLII); *General Motors du Canada ltée c. Billette*, 2009 QCCA 2476, [2010] R.J.Q. 66; *Apple Canada Inc. c. St-Germain*, 2010 QCCA 1376, [2010] R.J.Q. 1627.

### Lois et règlements cités

*Class Actions Act*, S.N.L. 2001, ch. C-18.1, art. 5(1)(c).  
*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1)(c).  
*Class Proceedings Act*, S.A. 2003, ch. C-16.5, art. 5(1)(c).  
*Class Proceedings Act*, S.N.S. 2007, ch. 28, art. 7(1)(c).  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2809, 3118.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 4.2, 999d « recours collectif », 1003.  
*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1)(c).  
*Loi sur les recours collectifs*, C.P.L.M. ch. C130, art. 4c).  
*Loi sur les recours collectifs*, L.R.N.-B. 2011, ch. 125, art. 6(1)(c).  
*Loi sur les recours collectifs*, L.S. 2001, ch. C-12.01, art. 6(1)(c).

**Authors Cited**

Branch, Ward K. *Class Actions in Canada*, vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated June 2013).

David, Éric McDevitt. “La règle de proportionnalité de l’article 4.2 C.p.c. en matière de recours collectif — Premières interprétations jurisprudentielles”, dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007, 315.

Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif comme voie d’accès à la justice pour les consommateurs*. Montréal: Thémis, 1996.

Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice: impact et évolution*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Rochon and Léger JJ.A.), 2012 QCCA 384, 95 C.C.P.B 165, [2012] J.Q. n° 1611 (QL), 2012 CarswellQue 1613, SOQUIJ AZ-50834969, reversing a decision of Mayer J., 2010 QCCS 3416, 83 C.C.P.B. 22, [2010] J.Q. n° 7459 (QL), 2010 CarswellQue 7870, SOQUIJ AZ-50662009. Appeal dismissed.

*Sylvain Lussier, Michel Benoit and Julien Ranger-Musiol*, for the appellant.

*Claude Tardif and Catherine Massé-Lacoste*, for the respondent.

*Michael A. Feder and Pierre-Jérôme Bouchard*, for the interveners.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL AND WAGNER JJ. —

**I. Overview**

[1] The class action, which was introduced into Quebec law in 1979, is “the procedure which enables one member to sue without a mandate on behalf of all the members” of a group: art. 999(d), *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 (“C.C.P.”). This procedural vehicle has several objectives,

**Doctrine et autres documents cités**

Branch, Ward K. *Class Actions in Canada*, vol. 1. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated June 2013).

David, Éric McDevitt. « La règle de proportionnalité de l’article 4.2 C.p.c. en matière de recours collectif — Premières interprétations jurisprudentielles », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007, 315.

Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif comme voie d’accès à la justice pour les consommateurs*. Montréal : Thémis, 1996.

Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : impact et évolution*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Chamberland, Rochon et Léger), 2012 QCCA 384, 95 C.C.P.B 165, [2012] J.Q. n° 1611 (QL), 2012 CarswellQue 1613, SOQUIJ AZ-50834969, qui a infirmé une décision du juge Mayer, 2010 QCCS 3416, 83 C.C.P.B. 22, [2010] J.Q. n° 7459 (QL), 2010 CarswellQue 7870, SOQUIJ AZ-50662009. Pourvoi rejeté.

*Sylvain Lussier, Michel Benoit et Julien Ranger-Musiol*, pour l’appelante.

*Claude Tardif et Catherine Massé-Lacoste*, pour l’intimé.

*Michael A. Feder et Pierre-Jérôme Bouchard*, pour les intervenantes.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LES JUGES LEBEL ET WAGNER —

**I. Aperçu**

[1] Introduit dans le droit québécois en 1979, le recours collectif est « le moyen de procédure qui permet à un membre d’agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres » d’un groupe : al. 999d), *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« C.p.c. »). Ce véhicule procédural poursuit

including facilitating access to justice, modifying harmful behaviour and conserving judicial resources: *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 15; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, at paras. 27-29.

[2] In art. 1003 *C.C.P.*, the Quebec legislature has laid down the essential conditions that must be met for a court to authorize the bringing of a class action. One of these conditions is that there be one or more questions of law or fact that are “identical, similar or related” for all the members of the group. It is this criterion that is at the heart of this appeal. More specifically, a court hearing an application for authorization must decide whether art. 1003(a) *C.C.P.* requires a common answer, for all the members of the group in question, to the common question raised by their claims.

[3] The litigation in this case arises out of a unilateral amendment made by Vivendi Canada Inc. to the health insurance plan (“Plan”) of which it is the sponsor for its retirees and their surviving spouses. Mr. Dell’Aniello, the respondent in this appeal, filed a motion for authorization to institute a class action, on behalf of all the beneficiaries of the Plan, in order to challenge the validity of the amendment. The Superior Court dismissed the motion on the basis that the claims of all the members of the proposed group did not raise questions that were “identical, similar or related”, having regard to each member’s particular situation. The Court of Appeal concluded that the judge who heard the motion for authorization had erred in his assessment with respect to the criterion set out in art. 1003(a) *C.C.P.*, and that there was a question common to the claims of all the members of the group.

[4] For the reasons that follow, we are of the opinion that the appeal must be dismissed. The Court of Appeal was right to intervene, as the motion judge had erred in inquiring into the possibility that the class action would lead to a common answer to the questions raised by the claims of all the members of the group. The *C.C.P.* requires not a common

plusieurs objectifs, entre autres : faciliter l’accès à la justice, modifier des comportements préjudiciables et économiser les ressources judiciaires : *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 15; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 27-29.

[2] Le législateur québécois énonce à l’art. 1003 *C.p.c.* les conditions essentielles qui doivent être réunies pour que le tribunal autorise l’exercice d’un recours collectif. L’une de ces conditions est l’existence d’une ou de plusieurs questions de droit ou de fait « identiques, similaires ou connexes » pour l’ensemble des membres du groupe. C’est ce critère qui est au cœur du présent pourvoi. Plus précisément, le tribunal saisi de la demande d’autorisation doit décider si l’al. 1003a) *C.p.c.* requiert une réponse commune, pour tous les membres du groupe visé, à la question commune soulevée par leurs réclamations.

[3] Le litige résulte d’une modification unilatérale apportée par Vivendi Canada Inc. au régime d’assurance-maladie (« Régime ») dont elle est le promoteur pour ses retraités et leurs conjoints survivants. Monsieur Dell’Aniello, l’intimé au présent pourvoi, a déposé au nom de l’ensemble des bénéficiaires du Régime une requête en autorisation d’exercer un recours collectif pour attaquer la validité de cette modification. La Cour supérieure a rejeté la requête, au motif que les réclamations de l’ensemble des membres du groupe proposé ne soulevaient pas de questions « identiques, similaires ou connexes », compte tenu de la situation particulière de chacun des membres. La Cour d’appel a conclu que le juge d’autorisation avait fait erreur dans son appréciation du critère énoncé à l’al. 1003a) *C.p.c.* et qu’il existe une question commune aux réclamations de l’ensemble des membres du groupe.

[4] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi. C’est à bon droit que la Cour d’appel est intervenue, car le juge d’autorisation a commis une erreur en se demandant si le recours collectif permettrait d’apporter une réponse commune aux questions soulevées par les réclamations de l’ensemble des membres du groupe.

answer, but a common question that can serve to advance the resolution of the litigation with respect to all the members of the group. Moreover, by considering the merits of the dispute, the motion judge had also overstepped the bounds of his role of screening motions at the authorization stage.

## II. Facts

[5] Seagram Ltd. was established in 1857 and over time became Canada's leading producer and distributor of wine and spirits. Seagram's employees had generous conditions of employment, including the Plan.

[6] According to a description set out in a document dated 1977, the Plan covered Seagram's employees, and their dependents, both during the employees' working lives and after they retired. The employees were required to contribute to the Plan while they were working, but Seagram paid all the costs after they retired.

[7] Over the years, the Plan was revised several times. In particular, in July 1985, Seagram inserted a unilateral amendment clause in a footnote in the document that set out the details of the Plan. This clause read as follows:

While Seagram expects to continue this Supplementary Health Insurance Plan indefinitely, future conditions cannot be foreseen, thus it necessarily reserves the right to modify or suspend the Plan at any time. [A.R., vol. II, at p. 104]

[8] In December 2000, Vivendi S.A. acquired Seagram, which had about 700 employees at the time. In December 2001, Seagram's assets related to the production and distribution of wine and spirits were sold. As part of that transaction, Seagram became Vivendi Universal Canada Inc., which in turn became Vivendi Canada Inc. ("Vivendi"). Vivendi is therefore Seagram's successor and the Plan's sponsor.

Le *C.p.c.* n'exige pas une réponse commune, mais plutôt une question commune qui puisse faire progresser le règlement du litige pour l'ensemble des membres du groupe. De plus, en se penchant sur le fond du différend, le juge d'autorisation a également outrepassé le rôle de filtrage des requêtes qui est le sien au stade de l'autorisation.

## II. Faits

[5] Fondée en 1857, la compagnie Seagram Ltée est devenue, au fil des ans, le chef de file au Canada dans la production et la distribution de vins et de spiritueux. Les employés de Seagram bénéficiaient de généreuses conditions de travail, y compris le Régime.

[6] Selon la description qu'en donne un document daté de 1977, le Régime couvrait les employés de Seagram et les personnes à leur charge, tant pendant leur vie active qu'à la retraite. Les employés devaient contribuer au Régime pendant qu'ils travaillaient, mais Seagram assumait la totalité des coûts après leur départ à la retraite.

[7] Au fil des ans, le Régime a subi plusieurs révisions. En particulier, Seagram a inséré en juillet 1985 une clause de modification unilatérale dans une note de bas de page au document détaillant le Régime. La clause de modification est rédigée ainsi :

Bien que Seagram compte poursuivre l'adhésion à ce régime d'assurance-maladie complémentaire indéfiniment, les conditions futures ne peuvent être prévues. Ainsi, la Compagnie se réserve le droit de modifier ou de suspendre le régime en tout temps. [d.a., vol. IV, p. 34]

[8] En décembre 2000, Vivendi S.A. acquiert Seagram. Au moment de l'acquisition, cette dernière comptait environ 700 employés. En décembre 2001, les actifs liés à la production et la distribution de vins et de spiritueux de Seagram sont vendus. Dans le cadre de cette transaction, Seagram devient Vivendi Universal Canada Inc. qui, à son tour, devient Vivendi Canada Inc. (« Vivendi »). Vivendi est donc le successeur de Seagram et le promoteur du Régime.

[9] Seagram, and later Vivendi, complied fully with the terms of the Plan for many years. In September 2008, however, Vivendi told the Plan's beneficiaries that it would be making several changes to the Plan that were adverse to their interests. These changes took effect on January 1, 2009 ("2009 amendments"). As of that date, the Plan's only remaining members were retirees and surviving spouses, since Vivendi no longer had any operations in Canada related to the production and distribution of wine and spirits.

[10] As a result of the 2009 amendments, the respondent applied to the Quebec Superior Court for authorization to institute a class action against Vivendi and asked that court to ascribe to him the status of representative of the following persons:

[TRANSLATION] All retired officers and employees of the former Seagram Company Limited who are eligible for post-retirement medical care under Vivendi Canada Inc.'s health care plan ("Plan") and eligible dependents within the meaning of the Plan ("beneficiaries"), as well as, with regard to the damages claimed, the successors of any such officers, employees or beneficiaries who have died since January 1, 2009. [A.R., vol. II, at p. 2]

[11] The identical, similar or related questions of law or fact for which the respondent seeks a decision through the class action are as follows:

[TRANSLATION] (a) For group members who are retirees, do the Plan's benefits constitute deferred compensation that is paid today in the form of benefits but was earned when they were active employees?

(b) From the date of their retirement, pursuant to the Plan and other documents cited herein, did the group members who are retirees have rights with respect to health care under the Plan that had vested or crystallized as of their retirement date and that could not be diminished without their consent?

(c) From the date of their retirement, in accordance with a general legal principle or a principle developed by the courts, did the group members who are retirees have

[9] Seagram et, par la suite, Vivendi ont respecté intégralement les conditions du Régime pendant de nombreuses années. Toutefois, en septembre 2008, Vivendi a annoncé aux bénéficiaires du Régime qu'elle apportait à celui-ci plusieurs changements qui leur étaient défavorables. Ces changements ont pris effet le 1<sup>er</sup> janvier 2009 (« modifications de 2009 »). À cette date, le Régime ne comptait plus que des retraités et des conjoints survivants, puisque Vivendi n'exerçait plus au Canada d'activités liées à la production et à la distribution de vins et de spiritueux.

[10] En réponse aux modifications de 2009, l'intimé demande à la Cour supérieure du Québec d'autoriser l'exercice d'un recours collectif contre Vivendi et de lui attribuer le statut de représentant des personnes suivantes :

Tous les membres de la direction et salariés retraités de l'ancienne Compagnie Seagram Limitée qui sont admissibles à des soins médicaux post-retraite en vertu du Régime des soins médicaux de Vivendi Canada Inc. (« Régime ») et les personnes à charge admissibles au sens du Régime (« bénéficiaires ») ainsi que, quant aux dommages réclamés, les ayants droit desdits membres de la direction, salariés ou bénéficiaires décédés depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009. [d.a., vol. II, p. 2]

[11] Les questions de fait et de droit identiques, similaires ou connexes que l'intimé demande à faire trancher par le recours collectif sont les suivantes :

a) Les bénéficiaires du Régime constituent-ils pour les membres du groupe qui sont des retraités de la rémunération différée payée aujourd'hui sous forme de bénéfices mais gagnée au moment où ils étaient des employés actifs?

b) Depuis la date de leur retraite et en vertu du Régime et d'autres documents cités dans les présentes, les membres du groupe qui sont des retraités bénéficiaires-ils de droits acquis ou cristallisés à la date de leur retraite en matière de soins de santé au sens du Régime, droits qui ne pouvaient être modifiés à la baisse sans leur consentement?

c) Depuis la date de leur retraite et en vertu d'un principe juridique général ou de la jurisprudence, les membres du groupe qui sont des retraités bénéficiaires-ils



rights with respect to health care under the Plan that had vested or crystallized as of their retirement date and that could not be diminished without their consent?

(d) Is the clause unilaterally inserted into the Plan in 1985 one whose purpose is to make it possible to harmonize the Plan with and adapt it to legislative changes, or does it instead authorize the respondent to unilaterally reduce the coverage of health care under the Plan for group members who are retirees in the absence of any legislative change obliging the respondent to do so?

(e) Assuming that the clause unilaterally inserted into the Plan in 1985 permitted the respondent to unilaterally reduce the coverage of health care under the Plan for group members who are retirees in the absence of any legislative change obliging the respondent to do so,

(1<sup>o</sup>) is the clause purely potestative, and is it null for that reason?

(2<sup>o</sup>) does the clause make the Plan contract non-binding, and is it null for that reason? or

(3<sup>o</sup>) does the clause make all the Plan's contractual obligations indeterminate or indeterminable, and is it null for that reason?

(f) Is the Plan a contract of adhesion, and if so, in case of doubt, must it be interpreted in favour of the adhering parties, that is, the members of the group? [A.R., vol. II, at pp. 15-16]

The purpose of all these questions is to answer the more general question whether the 2009 amendments are valid or lawful.

### III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court (Mayer J.), 2010 QCCS 3416, 83 C.C.P.B. 22*

[12] As we mentioned above, Mayer J. dismissed the motion for authorization to institute a class action on the basis that there were no questions that were identical, similar or related for all the members of the group. This conclusion was based on his opinion that too many factors specific to each member had to be considered for one or more of the

de droits acquis ou cristallisés à la date de leur retraite en matière de soins de santé au sens du Régime, droits qui ne pouvaient être modifiés à la baisse sans leur consentement?

d) La clause introduite unilatéralement en 1985 dans le Régime est-elle une clause visant à permettre l'arrimage et l'adaptation du Régime aux changements législatifs ou autorisant plutôt l'intimée à modifier unilatéralement à la baisse la couverture des soins de santé au sens du Régime à l'égard des membres du groupe qui sont des retraités en l'absence de tout changement législatif l'y contraignant?

e) À supposer que la clause introduite unilatéralement en 1985 dans le Régime permettait à l'intimée de modifier unilatéralement à la baisse la couverture des soins de santé au sens du Régime à l'égard des membres du groupe qui sont des retraités en l'absence de tout changement législatif l'y contraignant :

1<sup>o</sup>) s'agirait-il d'une clause purement potestative et serait-elle nulle pour cette raison?

2<sup>o</sup>) enlèverait-elle toute force obligatoire au contrat du Régime et serait-elle nulle pour cette raison?

3<sup>o</sup>) rendrait-elle indéterminées ou indéterminables toutes les obligations contractuelles du Régime et serait-elle nulle pour cette raison?

f) Le Régime est-il un contrat d'adhésion et, si oui et en cas de doute, doit-il s'interpréter en faveur des adhérents, c'est-à-dire en faveur des membres du groupe? [d.a., vol. II, p. 15-16]

Ces questions visent toutes à apporter une réponse à la question plus générale de savoir si les modifications de 2009 sont valides ou légales.

### III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure du Québec (le juge Mayer), 2010 QCCS 3416, 83 C.C.P.B. 22*

[12] Comme nous l'indiquons plus haut, le juge Mayer rejette la requête en autorisation d'exercer un recours collectif, au motif qu'il n'existe pas de questions identiques, similaires ou connexes pour l'ensemble des membres du groupe. Il conclut ainsi puisqu'il est d'avis que trop de facteurs particuliers à chacun des membres doivent être considérés pour

questions to be decided collectively. Moreover, not all the group's members had in their possession, at the time they retired, the documents the respondent had in his.

[13] Mayer J. considered whether the questions raised in the motion for authorization to institute a class action were identical, similar or related, within the meaning of art. 1003(a) *C.C.P.*, for all the members of the group. After identifying the principles established by the courts, he concluded that because of the large number of questions requiring individualized analyses, the claims of the members of the proposed group did not lend themselves to a collective resolution.

[14] Mayer J.'s conclusion that numerous individualized analyses would be necessary arose out of his interpretation of the rules governing the right of retirees to insurance benefits. He stated that it must be determined whether the right to insurance benefits during retirement has vested, because it is settled that an employer cannot modify or abolish a vested right without the retiree's consent. In his view, because the right to insurance benefits "crystallizes" at the time of retirement, the intention of the parties with respect to the vesting of rights must be determined as of that time. For this, the contract in effect at the time of retirement must be examined together with the communications between the employer and each employee in order to determine whether any rights have vested.

[15] According to Mayer J., the respondent's premise that the question of vested rights could be considered collectively was wrong. The employees covered by the action had retired on different dates between 1971 and 2003, and the various groups of retirees had not all received the same communications from the employer. In addition, individual communications had been sent to the retirees. In Mayer J.'s opinion, it was essential to rule on the rights of the various members of the proposed group on the basis of the communications each of them had actually received. To proceed in any other way would be unfair to Vivendi.

qu'une ou plusieurs des questions puissent être tranchées collectivement. De plus, les membres du groupe n'avaient pas tous en leur possession, au moment de leur départ à la retraite, les documents dont disposait l'intimé.

[13] Le juge Mayer se demande si les questions soulevées dans la requête en autorisation d'exercer un recours collectif sont identiques, similaires ou connexes au sens de l'al. 1003a) *C.p.c.* pour l'ensemble des membres du groupe. Après avoir dégagé les principes établis dans la jurisprudence, il conclut que les réclamations des membres du groupe proposé ne se prêtent pas à une résolution collective en raison du nombre important de questions qui requièrent une analyse individualisée.

[14] La conclusion du juge Mayer selon laquelle de multiples analyses individualisées seraient nécessaires découle de son interprétation des règles régissant le droit des retraités à des prestations d'assurance. Il affirme qu'il faut déterminer s'il y a eu acquisition du droit à des prestations d'assurance durant la retraite, parce qu'il est établi qu'un employeur ne peut modifier ou abolir un droit acquis sans le consentement du retraité. À son avis, puisque le droit à des prestations d'assurance se cristallise lors du départ à la retraite, c'est à ce moment qu'il faut rechercher l'intention des parties quant aux droits acquis. Pour ce faire, on doit examiner le contrat alors en vigueur et les communications échangées entre l'employeur et chaque employé afin de reconnaître l'existence de droits acquis le cas échéant.

[15] D'après le juge Mayer, la prémisse de l'intimé suivant laquelle la question des droits acquis peut être examinée collectivement est erronée. En effet, les employés visés par le recours ont pris leur retraite à des dates différentes entre 1971 et 2003, et les divers groupes de retraités ont reçu des communications distinctes de l'employeur. En outre, des communications individuelles ont été transmises aux retraités. Selon lui, il est essentiel de se prononcer sur les droits des divers membres du groupe proposé en fonction des communications effectivement reçues par chacun d'eux. Toute autre procédure serait injuste pour Vivendi.

[16] In support of his conclusion that it was necessary to conduct individual analyses, Mayer J. identified five subgroups. Subgroup 1 consisted of the surviving spouses of employees who had retired before January 1, 1977. According to Mayer J., the rights of these members could not be governed by the documents applicable to the respondent, since those documents had not existed at the time the employees in question retired. To determine the scope of the rights of the members of subgroup 1, it was instead necessary to consider the communications between the deceased employees and the employer before or at the time of their retirement. Mayer J. found that, according to the documents in the record, a surviving spouse was no longer eligible for insurance benefits after the retired employee died.

[17] Subgroup 2 was made up of employees who had retired between January 1, 1977 and July 14, 1985, and the surviving spouses of such employees. When the employees in question retired, they had the 1977 benefit guide in their possession as well as the insurance policy issued by Sun Life of Canada. Mayer J. stated that because Seagram had reserved the right to terminate the insurance contract, the rights of the members of this subgroup to insurance benefits had not crystallized.

[18] Subgroup 3 consisted of employees who had retired between July 15, 1985 and December 31, 1995, and the surviving spouses of such employees. At the time they retired, the employees in question had in their possession a letter from Mr. Kosiuk, a representative of Seagram, and the benefit guide prepared in 1985, which contained the unilateral amendment clause. As a result, Mayer J. found, that clause, according to which Vivendi could modify the insurance benefits, prevented the rights of the members of subgroup 3 from crystallizing.

[19] Subgroup 4 was made up of employees who had retired between January 1, 1996 and June 20, 2000, and the surviving spouses of such employees.

[16] Au soutien de sa conclusion qu'il est nécessaire de procéder à des analyses individuelles, le juge Mayer recense cinq sous-groupes. Le sous-groupe 1 se compose des conjointes survivantes des employés qui ont pris leur retraite avant le 1<sup>er</sup> janvier 1977. De l'avis du juge Mayer, les droits de ces membres ne peuvent être régis par les documents applicables à l'intimé, car ces documents n'existaient pas au moment du départ à la retraite des employés visés. Il faut plutôt analyser les communications échangées entre les employés décédés et l'employeur avant ou au moment de leur départ à la retraite pour déterminer l'étendue des droits des membres du sous-groupe 1. Le juge Mayer conclut que, selon les documents au dossier, les conjointes survivantes n'étaient plus admissibles aux prestations d'assurance après le décès de l'employé retraité.

[17] Le sous-groupe 2 est formé des employés ayant pris leur retraite entre le 1<sup>er</sup> janvier 1977 et le 14 juillet 1985 ou des conjoints survivants de ces employés. Les employés en question avaient en leur possession le guide des avantages sociaux de 1977 ainsi que la police d'assurance établie par la Sun Life du Canada au moment de leur départ à la retraite. Le juge Mayer affirme que les droits des membres de ce sous-groupe aux prestations d'assurance ne se sont pas cristallisés, étant donné que Seagram s'était réservé le droit de mettre fin au contrat d'assurance.

[18] Le sous-groupe 3 comprend les employés ayant pris leur retraite entre le 15 juillet 1985 et le 31 décembre 1995 et les conjoints survivants de ces retraités. Ces employés avaient en leur possession, au moment de leur départ à la retraite, une lettre de M. Kosiuk, un représentant de Seagram, ainsi que le guide des avantages sociaux préparé en 1985 et dans lequel figure la clause de modification unilatérale. En conséquence, le juge Mayer estime que cette clause, qui permettait à Vivendi de modifier les prestations d'assurance, a empêché la cristallisation des droits des membres du sous-groupe 3.

[19] Les employés ayant pris leur retraite entre le 1<sup>er</sup> janvier 1996 et le 20 juin 2000 et des conjoints survivants constituent le sous-groupe 4. Ces

The employees in question had in their possession a letter from Mr. Wilson dated November 20, 1995 and the 1996 benefit guide. As with the members of subgroups 2 and 3, Mayer J. concluded that because Vivendi had retained the right to modify the Plan unilaterally, the rights of the members of subgroup 4 had not crystallized.

[20] Finally, the members of subgroup 5, which included the respondent, were employees who had retired after June 21, 2000. A number of documents relating to the Plan, namely three emails from Mr. Borgia and a letter from Mr. Wilson, were sent, the first dated June 21, 2000, but not all the members of this subgroup had them in their possession when they retired.

[21] This division into five subgroups of the group covered by the motion for authorization to institute a class action showed that not all the group's members had in their possession, at the time they retired, the documents the respondent had in his. As a result, Mayer J. found that the various group members had different rights. He also asserted that individual analyses would be required within each subgroup, since each member of a subgroup could have received documents or communications that the others had not received.

[22] Mayer J. also noted that the unilateral amendment clause did not apply to those who had retired before July 15, 1985, who made up 20 per cent of the group. It was therefore irrelevant to the analysis on the vesting of the rights of those retirees, and a decision concerning the interpretation or the validity of the clause would not serve to advance the resolution of the litigation with respect to those individuals.

[23] Mayer J. also stated that the injury allegedly suffered by the group's members could be established only on an individual basis. This was another factor that weighed against authorizing the class action.

[24] Finally, given that the proposed group's members had worked in six different provinces,

employés avaient en main une lettre de M. Wilson datée du 20 novembre 1995 et le guide des avantages sociaux de 1996. Tout comme pour les membres des sous-groupes 2 et 3, le juge Mayer conclut que les droits des membres du sous-groupe 4 ne sont pas cristallisés, parce que Vivendi conservait le droit de modifier unilatéralement le Régime.

[20] Finalement, les membres du sous-groupe 5, auquel appartient l'intimé, sont les employés qui ont pris leur retraite après le 21 juin 2000. Les documents relatifs au Régime communiqués à partir du 21 juin 2000, à savoir trois courriels de M. Borgia et une lettre de M. Wilson, n'étaient pas en la possession de tous les membres de ce sous-groupe au moment de leur départ à la retraite.

[21] Il ressort de cette subdivision en cinq sous-groupes du groupe visé par la requête en autorisation d'exercer un recours collectif que les membres de celui-ci n'avaient pas tous en leur possession, au moment de leur départ respectif à la retraite, les documents dont disposait l'intimé. En conséquence, le juge Mayer est d'avis que chaque membre du groupe possède des droits différents. De plus, il affirme qu'une analyse individuelle s'impose à l'intérieur de chaque sous-groupe, puisque chacun des membres de ceux-ci peut avoir reçu des documents ou communications que les autres membres n'ont pas eus.

[22] Le juge Mayer souligne également que la clause de modification unilatérale ne s'applique pas aux retraités ayant pris leur retraite avant le 15 juillet 1985, qui représentent 20 pour 100 du groupe. Cette clause n'est donc pas pertinente dans l'analyse des droits acquis de ces retraités, et une décision concernant son interprétation ou sa validité ne ferait pas avancer le règlement du litige à l'égard de ces personnes.

[23] Le juge Mayer affirme aussi que le préjudice qu'auraient subi les membres du groupe ne peut être établi que sur une base individuelle. Il s'agit d'un autre facteur qui milite contre l'autorisation du recours collectif.

[24] Enfin, comme le groupe proposé compte des membres qui travaillaient dans six provinces

this lack of homogeneity was, in Mayer J.'s view, another relevant factor that supported a refusal to authorize the class action. The law of the common law provinces would apply to the retirees who had worked in those provinces, whereas Quebec law would apply to those who had worked in Quebec. In light of the number of subgroups and different legislative schemes that would apply to the various questions, he concluded that a minimum of 22 separate analyses would be needed to answer the questions the respondent said to be "common".

[25] Mayer J. therefore found that, because of this [TRANSLATION] "range of individual recourses", the requirement set out in art. 1003(a) C.C.P. was not met: para. 137. As a result, he dismissed the respondent's motion for authorization to institute a class action.

B. *Quebec Court of Appeal (Chamberland, Rochon and Léger J.J.A.), 2012 QCCA 384, 95 C.C.P.B. 165*

[26] The Court of Appeal unanimously allowed the appeal, authorized the institution of a class action and ascribed the status of representative to the respondent. It held that Mayer J. had erred in finding that the condition set out in art. 1003(a) C.C.P. was not met. It also concluded that the question whether the 2009 amendments were valid or lawful was common to all the members of the group.

[27] The Court of Appeal found that the motion judge had erred in law by ruling on the merits on the question whether the 2009 amendments were valid in relation to the members of the group. All the Superior Court had to do at the authorization stage was decide whether the questions relating to the validity or the legality of the 2009 amendments were identical, similar or related for the claims of all the members of the proposed group.

[28] According to the Court of Appeal, Mayer J. had instead focused on the individual questions that might arise in light of the different rules governing

différentes, ce manque d'homogénéité constitue, selon le juge Mayer, un autre facteur pertinent pour refuser d'autoriser le recours collectif. En effet, le droit des provinces de common law serait applicable aux retraités ayant travaillé dans ces provinces, alors que celui du Québec s'appliquerait aux retraités qui y ont travaillé. Considérant le nombre de sous-groupes et de règles de droit différentes applicables pour répondre aux diverses questions, il conclut qu'il faudrait mener un minimum de 22 analyses distinctes afin de régler les questions que l'intimé qualifie de « communes ».

[25] Le juge Mayer estime donc que, en raison de ce « faisceau de recours individuels », l'exigence de l'al. 1003a) C.p.c. n'est pas respectée : par. 137. En conséquence, il rejette la requête de l'intimé sollicitant l'autorisation d'exercer un recours collectif.

B. *Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Rochon et Léger), 2012 QCCA 384, 95 C.C.P.B. 165*

[26] La Cour d'appel accueille l'appel à l'unanimité, autorise l'exercice d'un recours collectif et attribue à l'intimé le statut de représentant. La Cour d'appel affirme que le juge Mayer a fait erreur en décidant que la condition prévue à l'al. 1003a) C.p.c. n'était pas respectée. Elle conclut également que la validité ou la légalité des modifications de 2009 constitue une question commune à l'égard de tous les membres du groupe.

[27] La Cour d'appel estime que le premier juge a commis une erreur de droit en se prononçant au fond sur la validité des modifications de 2009 à l'égard des membres du groupe. En effet, au stade de l'autorisation, il suffisait à la Cour supérieure de décider si les questions relatives à la validité ou la légalité des modifications de 2009 étaient identiques, similaires ou connexes pour les réclamations de l'ensemble des membres du groupe proposé.

[28] D'après la Cour d'appel, le juge Mayer s'est plutôt attardé aux questions individuelles qui pourraient se soulever compte tenu des règles

each member's right to insurance benefits. In so doing, Mayer J. had ruled on the merits of the arguments raised by the appellant and the respondent, thereby overstepping the bounds of his function of screening motions at the authorization stage.

[29] The Court of Appeal concluded that, [TRANSLATION] “by taking the fragmentation of the subgroups too far and deciding the question of vested rights, [Mayer J.] disregarded the *prima facie* case requirement and, without saying so, indirectly ruled on the validity of the 1985 clause in which the employer reserved the right to modify the Plan in the future”: para. 53.

[30] The Court of Appeal then considered whether the validity or the legality of the 2009 amendments was a question common to all the members of the group for the purposes of art. 1003(a) *C.C.P.* The court held that it was. First of all, the court stated on the basis of this Court's decision in *Dutton* that questions that are common to all the members of the group can coexist with questions that concern individuals; all that is needed is that there be a common, related or similar question. In the context of the case at bar, the Court of Appeal accepted that the main question at issue was whether the 2009 amendments were valid or lawful and that this question applied to all the members of the group. The members had all entered into a contract of employment with Seagram, and subsequently Vivendi, that provided for certain benefits, including the Plan. According to the Court of Appeal, the main question raised by the motion could give rise to serious argument. If the analysis with respect to the criterion set out in art. 1003(a) *C.C.P.* is based on the questions actually at issue rather than on factual differences that are not relevant at the preliminary stage, it is inappropriate for the judge hearing the motion for authorization to create subgroups in order to decide the motion.

[31] The Court of Appeal also stated that the *prima facie* case requirement of art. 1003(b) *C.C.P.* was met. Therefore, since the criteria of art. 1003(a) and (b) *C.C.P.* were met and the appellant had

différentes régissant le droit de chacun des membres aux prestations d'assurance. En procédant ainsi, le juge Mayer a statué sur le mérite des prétentions de l'appelante et de l'intimé, outrepassant ainsi la fonction de filtrage des requêtes qui lui incombe au stade de l'autorisation.

[29] La Cour d'appel conclut qu'« en poussant trop loin la fragmentation des sous-groupes et en tranchant la question des droits acquis, [le juge Mayer] a ignoré le critère de l'apparence de droit et, sans le dire, s'est prononcé indirectement sur la validité de la clause annonçant de possibles modifications pour l'avenir que s'était réservé l'employeur en 1985 » : par. 53.

[30] La Cour d'appel se demande ensuite si la validité ou la légalité des modifications de 2009 constitue une question commune à l'égard de tous les membres du groupe au sens de l'al. 1003(a) *C.p.c.* Elle décide que tel est le cas. Dans un premier temps, sur la base de l'arrêt *Dutton* de notre Cour, la Cour d'appel affirme que des questions communes à tous les membres du groupe peuvent coexister avec des questions individuelles; la seule présence d'une question commune, connexe ou similaire suffit. Dans le contexte de l'affaire dont elle est saisie, la Cour d'appel reconnaît que la question principale en litige est la validité ou la légalité des modifications de 2009 et que cette question se pose à l'égard de tous les membres du groupe. Ces derniers avaient tous conclu un contrat de travail avec Seagram et, par la suite, Vivendi, contrat qui comportait certains avantages, dont le Régime. D'après la Cour d'appel, la question principale soulevée par la requête est susceptible d'engendrer un débat sérieux. Lorsque le critère prévu à l'al. 1003(a) *C.p.c.* est analysé sous l'angle des questions véritablement en litige plutôt que sur la base de différences factuelles non pertinentes au stade préliminaire, le juge d'autorisation ne doit pas former de sous-groupes pour statuer sur la requête en autorisation.

[31] La Cour d'appel affirme également que le critère énoncé à l'al. 1003(b) *C.p.c.* concernant l'apparence de droit est respecté. Ainsi, puisque les critères fixés aux al. a) et b) de l'art. 1003 *C.p.c.*

admitted that the motion met the criteria set out in art. 1003(c) and (d), the Court of Appeal set aside the motion judge's judgment and authorized the class action.

#### IV. Analysis

##### A. *Issues*

[32] In this appeal, the Court must resolve two issues. First, did the motion judge make an error that justified the Court of Appeal's intervention? Second, if the motion judge erred, we will decide whether the respondent's questions are identical, similar or related within the meaning of art. 1003(a) C.C.P.

##### B. *Did the Motion Judge Make an Error That Justified the Court of Appeal's Intervention?*

[33] Article 1003 C.C.P., which establishes the conditions for authorizing a class action, confers significant discretion on the court hearing a motion for authorization. In its opening words, the expression "if of opinion that" introduces an enumeration of the criteria to be met:

**1003.** The court authorizes the bringing of the class action and ascribes the status of representative to the member it designates if of opinion that:

- (a) the recourses of the members raise identical, similar or related questions of law or fact;
- (b) the facts alleged seem to justify the conclusions sought;
- (c) the composition of the group makes the application of article 59 or 67 difficult or impracticable; and
- (d) the member to whom the court intends to ascribe the status of representative is in a position to represent the members adequately.

[34] The Quebec Court of Appeal, mindful of the importance of the motion judge's discretion with respect to the criteria set out in art. 1003 C.C.P., has stated on many occasions that its power to intervene

sont respectés et que l'appelante admet que la requête satisfait à ceux prévus aux al. c) et d), elle infirme le jugement de première instance et autorise le recours collectif.

#### IV. Analyse

##### A. *Questions en litige*

[32] Dans le présent pourvoi, la Cour doit répondre à deux questions. Premièrement, le juge d'autorisation a-t-il commis une erreur justifiant la Cour d'appel d'intervenir? Deuxièmement, dans la mesure où le juge d'autorisation a commis une erreur, nous déciderons si les questions formulées par l'intimé sont identiques, similaires ou connexes au sens de l'al. 1003a) C.p.c.

##### B. *Le juge d'autorisation a-t-il commis une erreur justifiant la Cour d'appel d'intervenir?*

[33] L'article 1003 C.p.c., qui établit les conditions d'autorisation d'un recours collectif, confère un pouvoir d'appréciation important au tribunal saisi d'une requête en autorisation. En effet, dans le texte introductif de cette disposition, les termes « s'il est d'avis que » précèdent l'énumération des critères à satisfaire :

**1003.** Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que :

- a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;
- b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;
- c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; et que
- d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

[34] Consciente de l'importance du pouvoir discrétionnaire reconnu au juge d'autorisation à l'égard des critères prévus à l'art. 1003 C.p.c., la Cour d'appel du Québec a affirmé à maintes

in this regard is limited and that it must show deference to the motion judge's decision. It will therefore intervene in an appeal from a decision on a motion for authorization to institute a class action only if the motion judge erred in law or if the judge's assessment with respect to the criteria of art. 1003 *C.C.P.* is clearly wrong; *Bouchard v. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349, at para. 42; *Union des consommateurs v. Bell Canada*, 2012 QCCA 1287, [2012] R.J.Q. 1243, at paras. 45-46; *Harmegnies v. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380 (CanLII), at paras. 25-26; *Union des consommateurs v. Bell Canada*, 2010 QCCA 351 (CanLII), at para. 23.

[35] A class action may be authorized only if the four criteria of art. 1003 *C.C.P.* are met. If the motion judge errs in law or if his or her assessment with respect to any criterion of art. 1003 *C.C.P.* is clearly wrong, the Court of Appeal can substitute its own assessment, but only for that criterion and not for the others. An error in relation to one criterion does not give the Court of Appeal carte blanche to reconsider all the other criteria to be met before the bringing of a class action may be authorized.

[36] In the instant case, the appellant argues that the Court of Appeal erred in substituting its own assessment for that of the Superior Court on the basis that the Superior Court had decided certain aspects of the case on the merits. The appellant further argues that even if the motion judge did make such an error, the error did not authorize the Court of Appeal to substitute its own analysis with respect to the identical, similar or related question criterion of art. 1003(a) for that of the motion judge. For the reasons that follow, we are of the opinion that the Court of Appeal was right to intervene.

(1) Role of a Judge Hearing an Application for Authorization to Institute a Class Action

[37] The judge's function at the authorization stage is one of screening motions to ensure that defendants do not have to defend against untenable

reprises qu'elle ne détient qu'un pouvoir limité d'intervention en la matière et qu'elle doit faire preuve de déférence envers la décision du juge d'autorisation. Ainsi, elle n'interviendra en appel d'une décision sur une requête en autorisation d'exercer un recours collectif que si le juge d'autorisation a commis une erreur de droit ou si son appréciation des critères énoncés à l'art. 1003 *C.p.c.* est manifestement non fondée : *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349, par. 42; *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2012 QCCA 1287, [2012] R.J.Q. 1243, par. 45-46; *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380 (CanLII), par. 25-26; *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2010 QCCA 351 (CanLII), par. 23.

[35] Pour qu'un recours collectif puisse être autorisé, il faut que les quatre critères de l'art. 1003 *C.p.c.* soient respectés. Or, en présence d'une erreur de droit ou d'une appréciation manifestement non fondée de la part du juge d'autorisation à l'égard d'un critère prévu à l'art. 1003 *C.p.c.*, la Cour d'appel peut uniquement substituer son appréciation pour ce critère et non pour les autres. La présence d'une erreur à l'égard d'un critère ne donne pas carte blanche à la Cour d'appel pour réévaluer tous les autres critères auxquels il doit être satisfait pour que l'exercice d'un recours collectif puisse être autorisé.

[36] En l'espèce, l'appelante prétend que la Cour d'appel a fait erreur en substituant son évaluation à celle de la Cour supérieure au motif que cette dernière avait tranché au fond certains aspects du litige. Elle plaide en outre que, même si le juge d'autorisation avait commis une telle erreur, cela n'autorisait pas la Cour d'appel à substituer sa propre analyse du critère de l'al. 1003a) relatif à la présence d'une question identique, similaire ou connexe à celle du premier juge. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis que la Cour d'appel a eu raison d'intervenir.

(1) Rôle du juge saisi d'une demande d'autorisation d'exercer un recours collectif

[37] L'étape de l'autorisation permet l'exercice d'une fonction de filtrage des requêtes, pour éviter que les parties défenderesses doivent se défendre



claims on the merits: *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600, at paras. 59 and 61. However, the law does not impose an onerous burden on the applicant at this stage, as he or she need only establish a “*prima facie* case”, or an “arguable case”: *Infineon*, at paras. 61-67; *Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65, at para. 23. Thus, all the judge must do is decide whether the applicant has shown that the four criteria of art. 1003 *C.C.P.* are met. If the answer is yes, the class action will be authorized. The Superior Court will then consider the merits of the case. In considering whether the criteria of art. 1003 are met at the authorization stage, the judge is therefore deciding a procedural question. The judge must not deal with the merits of the case, as they are to be considered only after the motion for authorization is granted: *Infineon*, at para. 68; *Marcotte*, at para. 22.

[38] Article 1003(a) *C.C.P.* provides that a class action may be authorized only if the court concludes that “the recourses of the members raise identical, similar or related questions of law or fact”. This commonality requirement applies not only in Quebec law, but also in that of all the common law provinces of Canada.

[39] We will therefore turn now to the principles to be applied in deciding whether a class action raises a common question that meets the criterion of art. 1003(a). These principles can be found, *inter alia*, in the decisions of this Court and of the Quebec Court of Appeal.

(a) *Principles From Dutton and Rumley*

[40] We must consider a few important decisions of this Court. Although they were rendered in cases based on the common law, they are nevertheless often relied on and discussed in decisions of the Quebec courts. However, a few caveats are in order as regards their application in Quebec civil procedure. We will return to this point below.

au fond contre des réclamations insoutenables : *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600, par. 59 et 61. Par contre, la loi n'impose pas au requérant un fardeau onéreux au stade de l'autorisation; il doit uniquement démontrer l'existence d'une « apparence sérieuse de droit », d'une « cause défendable » : *Infineon*, par. 61-67; *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65, par. 23. En conséquence, le juge doit simplement déterminer si le requérant a démontré que les quatre critères énoncés à l'art. 1003 *C.p.c.* sont respectés. Dans l'affirmative, le recours collectif est autorisé. La Cour supérieure procède ensuite à l'examen du fond du litige. Ainsi, lorsqu'il vérifie si les critères de l'art. 1003 sont respectés au stade de l'autorisation, le juge tranche une question procédurale. Il ne doit pas se pencher sur le fond du litige, étape qui s'ouvre seulement après l'octroi de la requête en autorisation : *Infineon*, par. 68; *Marcotte*, par. 22.

[38] L'alinéa 1003a) *C.p.c.* précise qu'un recours collectif ne peut être autorisé que si le tribunal conclut que « les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes ». Ce critère de la communauté de questions est requis non seulement par le droit québécois, mais aussi par celui de toutes les provinces de common law canadiennes.

[39] Nous allons donc aborder maintenant les principes applicables pour décider si un recours collectif soulève une question commune satisfaisant au critère prévu à l'al. 1003a). Ces principes se trouvent notamment dans la jurisprudence de notre Cour et dans celle de la Cour d'appel du Québec.

a) *Principes énoncés dans les arrêts Dutton et Rumley*

[40] Il convient d'examiner quelques arrêts importants de notre Cour. Bien qu'ils aient été prononcés dans des affaires fondées sur la common law, ils sont néanmoins souvent invoqués et discutés dans la jurisprudence québécoise. Cependant, quelques mises en garde s'imposent pour leur application dans la procédure civile québécoise. Nous y reviendrons plus loin.

[41] In *Dutton*, this Court laid down certain principles to be applied in deciding whether a class action raises one or more issues that are common to the claims of all the members of a class. McLachlin C.J., writing for the Court, stated the following:

Commonality tests have been a source of confusion in the courts. The commonality question should be approached purposively. The underlying question is whether allowing the suit to proceed as a representative one will avoid duplication of fact-finding or legal analysis. Thus an issue will be “common” only where its resolution is necessary to the resolution of each class member’s claim. It is not essential that the class members be identically situated *vis-à-vis* the opposing party. Nor is it necessary that common issues predominate over non-common issues or that the resolution of the common issues would be determinative of each class member’s claim. However, the class members’ claims must share a substantial common ingredient to justify a class action. Determining whether the common issues justify a class action may require the court to examine the significance of the common issues in relation to individual issues. In doing so, the court should remember that it may not always be possible for a representative party to plead the claims of each class member with the same particularity as would be required in an individual suit. [Emphasis added; para. 39.]

[42] Although *Dutton* was based on the procedural law of Alberta, the principles laid down by this Court with respect to the commonality requirement have been applied by the Quebec Court of Appeal on many occasions. In *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) v. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît*, 2011 QCCA 826 (CanLII), for example, the Court of Appeal noted that an issue will be considered common for the purposes of art. 1003(a) *C.C.P.* if addressing the issue enables all the claims to move forward:

[TRANSLATION] A single common, related or similar issue of law suffices to meet the condition in article 1003(a) *CCP* if it is significant enough to affect the outcome of the class action; however, it need not be determinative of the final resolution of the case: *Comité*

[41] Dans l’arrêt *Dutton*, notre Cour a formulé certains principes pertinents pour décider si un recours collectif soulève une ou plusieurs questions communes aux réclamations de l’ensemble des membres du groupe. La juge en chef McLachlin s’est exprimée ainsi au nom de la Cour :

Les critères de communauté ont toujours été une source de confusion pour les tribunaux. Il faut aborder le sujet de la communauté en fonction de l’objet. La question sous-jacente est de savoir si le fait d’autoriser le recours collectif permettra d’éviter la répétition de l’appréciation des faits ou de l’analyse juridique. Une question ne sera donc « commune » que lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe. Il n’est pas essentiel que les membres du groupe soient dans une situation identique par rapport à la partie adverse. Il n’est pas nécessaire non plus que les questions communes prédominent sur les questions non communes ni que leur résolution règle les demandes de chaque membre du groupe. Les demandes des membres du groupe doivent toutefois partager un élément commun important afin de justifier le recours collectif. Pour décider si des questions communes motivent un recours collectif, le tribunal peut avoir à évaluer l’importance des questions communes par rapport aux questions individuelles. Dans ce cas, le tribunal doit se rappeler qu’il n’est pas toujours possible pour le représentant de plaider les demandes de chaque membre du groupe avec un degré de spécificité équivalant à ce qui est exigé dans une poursuite individuelle. [Nous soulignons; par. 39.]

[42] Bien que l’affaire *Dutton* repose sur le droit procédural de l’Alberta, les principes énoncés par notre Cour sur le critère de la communauté de questions ont été invoqués par la Cour d’appel du Québec à maintes reprises. À titre d’exemple, dans l’arrêt *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît*, 2011 QCCA 826 (CanLII), la Cour d’appel a souligné qu’une question sera considérée comme commune pour les besoins de l’al. 1003a) *C.p.c.* si son examen permet de faire progresser le règlement de l’ensemble des réclamations :

Or, la seule présence d’une question de droit commune, connexe ou similaire est suffisante pour satisfaire la condition à l’article 1003a) *C.p.c.* si elle n’est pas insignifiante sur le sort du recours; elle n’a cependant pas à être déterminante pour la solution du litige : *Comité*

*d'environnement de la Baie inc. v. Société de l'électrolyse et de chimie de l'Alcan ltée*, [1990] R.J.Q. 655 (C.A.), at paras. 22 and 23. It is sufficient that it allows the claims to move forward without duplication of the judicial analysis (Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*, Cowansville, Yvon Blais, 2006, at p. 92; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534, at para. 39).

It is quite possible that the determination of common issues does not lead to the complete resolution of the case, but that it results instead in small trials at the stage of the individual settlement of the claims. This does not preclude a class action suit. Professor Lafond, *supra*, writes at pages 88-89:

Differences in members' claims and the possible need for each member to prove the personal damages suffered no longer bar a class action suit. As pragmatically stated by a court magistrate: "In the event of a monetary award, some accounting work would be inevitable, at the most." [paras. 22-23]

See also *Union des consommateurs* (2012), at paras. 67-68.

[43] In *Dutton*, this Court also stated that, for there to be a "common issue", success for one member of the class must bring with it a benefit for all the others:

All members of the class must benefit from the successful prosecution of the action, although not necessarily to the same extent. A class action should not be allowed if class members have conflicting interests. [para. 40]

[44] In *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184, this Court confirmed the principles from *Dutton*. In the case of the commonality requirement, the purpose of the analysis is to determine "whether allowing the suit to proceed as a representative one will avoid duplication of fact-finding or legal analysis": para. 29, quoting *Dutton*, at para. 39. The Court also stated that a question can remain common even though the answer to the question could be nuanced to reflect individual claims: para. 32.

*d'environnement de la Baie inc. c. Société de l'électrolyse et de chimie de l'Alcan ltée*, [1990] R.J.Q. 655 (C.A.), paragr. 22 et 23. Il suffit en fait qu'elle permette l'avancement des réclamations sans une répétition de l'analyse juridique (Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*, Cowansville, Yvon Blais, 2006, p. 92; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, paragr. 39).

Il est fort possible que la détermination des questions communes ne constitue pas une résolution complète du litige, mais qu'elle donne plutôt lieu à des petits procès à l'étape du règlement individuel des réclamations. Cela ne fait pas obstacle à un recours collectif. Le professeur Lafond, précité, écrit aux pages 88-89 :

L'existence de différences entre les réclamations des membres et l'éventuelle nécessité pour chacun de prouver les dommages personnels subis ne font plus obstacles [*sic*] au recours collectif. Comme l'énonce avec pragmatisme un magistrat : « Advenant une condamnation pécuniaire, il faudrait tout au plus s'astreindre à d'inévitables travaux comptables. » [par. 22-23]

Voir également *Union des consommateurs* (2012), par. 67-68.

[43] Toujours dans l'affaire *Dutton*, notre Cour a également précisé que, pour qu'il y ait « question commune », le succès d'un membre du groupe doit également se traduire par un avantage pour tous les autres :

Tous les membres du groupe doivent profiter du succès de l'action, quoique pas nécessairement dans la même mesure. Le recours collectif ne doit pas être autorisé quand des membres du groupe sont en conflit d'intérêts. [par. 40]

[44] Dans l'affaire *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184, notre Cour a confirmé les principes énoncés dans *Dutton*. Dans le cas du critère de la communauté de questions, le but de l'analyse est de déterminer « si le fait d'autoriser le recours collectif permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique » : par. 29, citant *Dutton*, par. 39. La Cour a également affirmé qu'une question peut demeurer commune, malgré la possibilité qu'une réponse nuancée lui soit donnée selon la réclamation : par. 32.

[45] Having regard to the clarifications provided in *Rumley*, it should be noted that the common success requirement identified in *Dutton* must not be applied inflexibly. A common question can exist even if the answer given to the question might vary from one member of the class to another. Thus, for a question to be common, success for one member of the class does not necessarily have to lead to success for all the members. However, success for one member must not result in failure for another.

[46] *Dutton* and *Rumley* therefore establish the principle that a question will be considered common if it can serve to advance the resolution of every class member's claim. As a result, the common question may require nuanced and varied answers based on the situations of individual members. The commonality requirement does not mean that an identical answer is necessary for all the members of the class, or even that the answer must benefit each of them to the same extent. It is enough that the answer to the question does not give rise to conflicting interests among the members.

[47] There is nothing new about this flexible approach to the commonality requirement. It was adopted by the Saskatchewan Court of Appeal in *Frey v. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156:

Having regard for these authorities, the common issue requirement, "success for one is success for all", may in appropriate cases be met in circumstances where different results may be possible for different class members, provided there is no conflict among the class members, in the sense that success for one class member must not mean failure for another. [para. 60]

(b) *Application of the Principles in Light of the C.C.P.*

[48] Caution must be exercised when applying the principles from *Dutton* and *Rumley* to the rules of Quebec civil procedure relating to class actions. Although those decisions have now been recognized

[45] À la lumière des précisions apportées dans l'affaire *Rumley*, il convient de rappeler que le critère du succès commun dégagé dans *Dutton* ne doit pas être appliqué rigidelement. En effet, une question commune peut exister même si la réponse qu'on lui donne peut différer d'un membre à l'autre du groupe. Ainsi, pour qu'une question soit commune, il n'est pas nécessaire que le succès d'un membre du groupe entraîne nécessairement celui de tous les membres du groupe. Toutefois, le succès d'un membre ne doit pas provoquer l'échec d'un autre membre.

[46] Les arrêts *Dutton* et *Rumley* établissent donc le principe selon lequel une question sera considérée comme commune si elle permet de faire progresser le règlement de la réclamation de chacun des membres du groupe. En conséquence, la question commune peut exiger des réponses nuancées et diverses selon la situation de chaque membre. Le critère de la communauté de questions n'exige pas une réponse identique pour tous les membres du groupe, ni même que la réponse bénéficie dans la même mesure à chacun d'entre eux. Il suffit que la réponse à la question ne crée pas de conflits d'intérêts entre les membres du groupe.

[47] Une telle flexibilité dans l'application du critère de la communauté de questions n'est d'ailleurs pas nouvelle. Dans l'affaire *Frey c. BCE Inc.*, 2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156, la Cour d'appel de la Saskatchewan a adopté cette approche :

[TRADUCTION] Compte tenu de cette jurisprudence, dans les cas appropriés, l'exigence relative à l'existence d'une question commune — « le succès de l'un signifie le succès pour tous » — peut être respectée dans des situations où le recours peut aboutir à des résultats différents pour divers membres du groupe, pour autant qu'il n'y ait pas de conflit entre les membres, en d'autres mots que le succès obtenu par un membre ne signifie pas l'échec pour un autre. [par. 60]

(b) *Application des principes à la lumière du C.p.c.*

[48] La prudence s'impose dans l'application des principes énoncés dans les arrêts *Dutton* et *Rumley* à la procédure civile québécoise en matière de recours collectifs. Bien que ces arrêts soient

in Quebec law and have been cited and applied many times by Quebec courts, the issue that is central to this appeal nonetheless shows that it is necessary to clarify the relevance and scope of the principles in question in the context of Quebec procedural law. *Dutton* and *Rumley* certainly provide a general framework for analyzing the application of the commonality requirement, but it must be borne in mind that tests established in a common law context cannot necessarily be imported without adaptation into Quebec civil procedure.

[49] To determine how the principles from *Dutton* and *Rumley* apply in Quebec law, we will analyze the wording of the *C.C.P.* first, before considering the principles developed by the Quebec courts.

[50] The source of the commonality requirement in Quebec civil procedure is art. 1003 *C.C.P.*, which requires that “the recourses of the members raise identical, similar or related questions of law or fact”.

[51] Two observations are in order with respect to the wording of art. 1003(a) *C.C.P.* First, this paragraph provides that a class action can be authorized only if the *questions* are common. Nowhere has the legislature stated that there must be common *answers*.

[52] Second, if art. 1003(a) is compared with the legislation of the common law provinces, it can be seen that the wording used to establish the commonality requirement is different in the latter. For example, the requirement is expressed in broader and more flexible terms in Quebec’s *C.C.P.* than in Ontario’s legislation, which requires the existence not merely of similar or related questions, but of “common issues”: *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1)(c). Moreover, the wording of the Ontario statute is used in the legislation of all the other common law provinces of Canada that have legislated with respect to class actions: *Class Proceedings Act*, S.A. 2003, c. C-16.5, s. 5(1)(c); *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(1)(c);

maintenant reconnus en droit québécois et qu’ils aient été cités et appliqués à maintes reprises par les tribunaux du Québec, la question au cœur du présent pourvoi démontre néanmoins le besoin de clarifier la pertinence et la portée de ces principes dans le contexte du droit procédural québécois. Ces arrêts nous offrent certes un cadre général pour analyser l’application du critère de la communauté de questions. Cependant, il faut garder à l’esprit que des critères d’analyse établis dans un contexte de common law ne sont pas nécessairement importables sans adaptations dans la procédure civile québécoise.

[49] Pour statuer sur l’application des principes énoncés dans *Dutton* et *Rumley* en droit québécois, nous analyserons d’abord le texte du *C.p.c.*, puis les principes développés par la jurisprudence québécoise.

[50] L’origine du critère de la communauté de questions dans la procédure civile québécoise se retrouve à l’art. 1003 *C.p.c.* Cette disposition exige que « les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes ».

[51] Le libellé de l’al. 1003a) *C.p.c.* appelle deux observations. Premièrement, cette disposition exige que les *questions* soient communes pour que le recours collectif soit autorisé, mais nulle part le législateur ne fait mention de la nécessité de *réponses* communes.

[52] Deuxièmement, en comparant l’al. 1003a) aux lois des provinces de common law, on constate que le critère de la communauté de questions est formulé différemment dans ces dernières. À titre d’exemple, le *C.p.c.* du Québec décrit ce critère en termes plus larges et plus flexibles que la loi ontarienne. En effet, cette dernière requiert non seulement l’existence de questions similaires ou connexes, mais également de « questions communes » : *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, al. 5(1)c). Par ailleurs, le libellé adopté dans la loi ontarienne se trouve dans les lois de toutes les autres provinces canadiennes de common law qui ont légiféré en matière de recours collectifs : *Class Proceedings Act*, S.A.

*The Class Actions Act*, S.S. 2001, c. C-12.01, s. 6(1)(c); *Class Proceedings Act*, C.C.S.M. c. C130, s. 4(c); *Class Proceedings Act*, S.N.S. 2007, c. 28, s. 7(1)(c); *Class Proceedings Act*, R.S.N.B. 2011, c. 125, s. 6(1)(c); *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c. C-18.1, s. 5(1)(c).

[53] Although the expression “common issues” is frequently used by Quebec judges and authors, its content is not exactly the same as that of the expression “identical, similar or related questions of law or fact”. It would be difficult to argue that a question that is merely “related” or “similar” could always meet the “common issue” requirement of the common law provinces. The test that applies in Quebec law therefore seems to be less stringent. Because of the differences in the wording of the applicable legislation, the case law on class actions from the common law provinces is not determinative where the application of the criterion of art. 1003(a) is concerned.

[54] In addition, it can be seen from the Quebec courts’ interpretation of art. 1003(a) *C.C.P.* that their approach to the commonality requirement has often been broader and more flexible than the one taken in the common law provinces. The Quebec courts propose a flexible approach to the common interest that must exist among the group’s members: P.-C. Lafond, *Le recours collectif comme voie d’accès à la justice pour les consommateurs* (1996), at p. 408.

[55] As this Court noted in *Marcotte*, at para. 22, the courts have, by interpreting and applying the criteria of art. 1003 *C.C.P.* broadly, favoured easier access to the class action: see also *Infineon*, at para. 60.

[56] In the specific case of the commonality requirement, the Quebec Court of Appeal has consistently favoured a broad definition of the conditions that make it possible to satisfy the requirement of

2003, ch. C-16.5, al. 5(1)(c); *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, al. 4(1)(c); *Loi sur les recours collectifs*, L.S. 2001, ch. C-12.01, al. 6(1)(c); *Loi sur les recours collectifs*, C.P.L.M. ch. C130, al. 4c); *Class Proceedings Act*, S.N.S. 2007, ch. 28, al. 7(1)(c); *Loi sur les recours collectifs*, L.R.N.-B. 2011, ch. 125, al. 6(1)(c); *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, ch. C-18.1, al. 5(1)(c).

[53] Bien que l’expression « questions communes » soit employée fréquemment dans la jurisprudence et la doctrine québécoises, son contenu ne coïncide pas parfaitement avec celui de l’expression « questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes ». Il serait difficile de soutenir qu’une question simplement « connexe » ou « similaire » puisse toujours satisfaire au critère de la « question commune » des provinces de common law. L’analyse applicable en droit québécois apparaît donc moins exigeante. En raison des différences dans la rédaction des textes législatifs applicables, la jurisprudence des provinces de common law en matière de recours collectifs n’est pas déterminante à l’égard de la mise en œuvre du critère prévu à l’al. 1003a).

[54] L’interprétation de l’al. 1003a) *C.p.c.* par les tribunaux québécois révèle également l’application par ceux-ci d’une approche souvent plus large et plus flexible que celle des tribunaux des provinces de common law en ce qui concerne le critère de la communauté de questions. En effet, les tribunaux québécois proposent une conception souple de l’intérêt commun qui doit lier les membres du groupe : P.-C. Lafond, *Le recours collectif comme voie d’accès à la justice pour les consommateurs* (1996), p. 408.

[55] Comme notre Cour l’a rappelé dans l’affaire *Marcotte*, par. 22, l’interprétation et l’application larges des critères de l’art. 1003 *C.p.c.* permettent de faciliter l’exercice d’un recours collectif : voir également *Infineon*, par. 60.

[56] Dans le cas spécifique du critère de la communauté de questions, la Cour d’appel du Québec a constamment favorisé une définition large des conditions permettant de satisfaire à l’al. 1003a).

art. 1003(a). It laid the groundwork for this approach in *Comité d'environnement de La Baie inc. v. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée*, [1990] R.J.Q. 655, in which it made the following comment:

But Article 1003(a) does not require that *all* of the questions of law or of fact in the claims of the members be identical or similar or related. Nor does the article even require that the majority of these questions be identical or similar or related. From the text of the article, it is sufficient if the claims of the members raise *some* questions of law or of fact that are sufficiently similar or sufficiently related to justify a class action. [Italics in original; underlining added; p. 659.]

[57] Thus, the Quebec approach to authorization is more flexible than the one taken in the common law provinces, although the latter provinces do generally subscribe to an interpretation that is favourable to the class action. The Quebec approach is also more flexible than the current approach in the United States: *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541 (2011). As Professor Lafond says, [TRANSLATION] “Quebec procedure surpasses in this regard the procedure of the other Canadian provinces, and of England and the United States, which struggle with the rigid concepts of ‘same interest’ or ‘common interest’, and of ‘predominance of the common issues’”: *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, at p. 408.

[58] There is one common theme in the Quebec decisions, namely that the *C.C.P.*'s requirements for class actions are flexible. As a result, even where circumstances vary from one group member to another, a class action can be authorized if some of the questions are common: *Riendeau v. Compagnie de la Baie d'Hudson*, 2000 CanLII 9262 (Que. C.A.), at para. 35; *Comité d'environnement de La Baie*, at p. 659. To meet the commonality requirement of art. 1003(a) *C.C.P.*, the applicant must show that an aspect of the case lends itself to a collective decision and that once a decision has been reached on that aspect, the parties will have resolved a not insignificant portion of the dispute: *Harmegnies*, at para. 54; see also *Lallier v.*

Elle a posé les assises de cette approche dans l'arrêt *Comité d'environnement de La Baie inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée*, [1990] R.J.Q. 655, où elle s'est exprimée en ces termes :

[TRANSLATION] Toutefois, l'alinéa 1003a) n'exige pas que *toutes* les questions de droit ou de fait soulevées par les réclamations des membres soient identiques, similaires ou connexes. Il n'exige même pas que ces questions soient en majorité identiques, similaires ou connexes. D'après le texte de cette disposition, il suffit que les réclamations des membres soulèvent *certaines* questions de droit ou de fait suffisamment similaires ou suffisamment connexes pour justifier un recours collectif. [En italique dans l'original; nous soulignons; p. 659.]

[57] L'approche québécoise à l'égard de l'autorisation se veut ainsi plus souple que celle appliquée dans les provinces de common law, bien que celles-ci demeurent généralement fidèles à une interprétation favorable à l'exercice des recours collectifs. Elle est également plus flexible que l'approche suivie actuellement aux États-Unis : *Wal-Mart Stores, Inc. c. Dukes*, 131 S. Ct. 2541 (2011). Selon le professeur Lafond, « [l]a procédure québécoise surpasse sur ce plan celles des autres provinces canadiennes, de l'Angleterre et des États-Unis, aux prises avec les concepts rigides de “même intérêt” ou d’“intérêt commun”, et de “prédominance des questions communes” » : *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, p. 408.

[58] Un thème se dégage de la jurisprudence québécoise : les exigences du *C.p.c.* en matière de recours collectif sont souples. En conséquence, même si les circonstances varient d'un membre du groupe à l'autre, le recours collectif pourra être autorisé si certaines questions sont communes : *Riendeau c. Compagnie de la Baie d'Hudson*, 2000 CanLII 9262 (C.A. Qué.), par. 35; *Comité d'environnement de La Baie*, p. 659. Pour satisfaire au critère de la communauté de questions de l'al. 1003a) *C.p.c.*, le requérant doit démontrer qu'un aspect du litige se prête à une décision collective et qu'une fois cet aspect décidé, les parties auront réglé une part non négligeable du litige : *Harmegnies*, par. 54; voir également *Lallier c. Volkswagen*

*Volkswagen Canada inc.*, 2007 QCCA 920, [2007] R.J.Q. 1490, at paras. 17-21; *Del Guidice v. Honda Canada inc.*, 2007 QCCA 922, [2007] R.J.Q. 1496, at para. 49; *Kelly v. Communauté des Sœurs de la Charité de Québec*, [1995] J.Q. n° 3377 (QL), at para. 33. All that is needed in order to meet the requirement of art. 1003(a) C.C.P. is therefore that there be an identical, related or similar question of law or fact, unless that question would play only an insignificant role in the outcome of the class action. It is not necessary that the question make a complete resolution of the case possible: *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM)*, at paras. 22-23.

[59] In short, it can be concluded that the common questions do not have to lead to common answers. At the authorization stage, the approach taken to the commonality requirement in Quebec civil procedure is a flexible one. As a result, the criterion of art. 1003(a) may be met even if the common questions raised by the class action require nuanced answers for the various members of the group.

[60] In light of these principles, we are of the opinion that the motion judge was mistaken in emphasizing the possibility that numerous individual questions would ultimately have to be analyzed. He should instead have inquired into whether the condition provided for in art. 1003(a) was met, that is, whether the applicant had established the existence of a common question that would serve to advance the resolution of the litigation with respect to all the members of the group, and that would not play an insignificant role in the outcome of the case.

(c) *Places of Residence of the Group's Members*

[61] The group proposed by the respondent includes 250 retirees or surviving spouses of employees who worked in six provinces: Quebec (134 members), Ontario (82 members), Alberta (3 members), British Columbia (16 members), Saskatchewan (2 members) and Manitoba (13 members). Since no applicable law was designated in the contracts of employment of the various employees,

*Canada inc.*, 2007 QCCA 920, [2007] R.J.Q. 1490, par. 17-21; *Del Guidice c. Honda Canada inc.*, 2007 QCCA 922, [2007] R.J.Q. 1496, par. 49; *Kelly c. Communauté des Sœurs de la Charité de Québec*, [1995] J.Q. n° 3377 (QL), par. 33. Ainsi, la seule présence d'une question de droit ou de fait identique, connexe ou similaire suffit pour satisfaire au critère énoncé à l'al. 1003a) C.p.c. sauf si cette question ne joue qu'un rôle négligeable quant au sort du recours. Il n'est pas requis que la question permette une résolution complète du litige : *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM)*, par. 22-23.

[59] Bref, il est permis de conclure que les questions communes n'appellent pas nécessairement des réponses communes. Au stade de l'autorisation, la procédure civile québécoise retient une conception souple du critère de la communauté de questions. En conséquence, le critère de l'al. 1003a) peut être respecté même si des réponses nuancées doivent être apportées, pour les divers membres du groupe, aux questions communes soulevées par le recours collectif.

[60] À la lumière de ces principes, nous sommes d'avis que le juge d'autorisation s'est mépris lorsqu'il a insisté sur la possibilité que de nombreuses questions individuelles doivent éventuellement être analysées. Il aurait dû plutôt se demander si la condition prévue à l'al. 1003a) était remplie, c'est-à-dire si le requérant avait établi la présence d'une question commune qui ferait progresser le règlement du litige pour l'ensemble des membres du groupe et qui ne jouerait pas un rôle négligeable quant au sort du litige.

c) *Lieu de résidence des membres du groupe*

[61] Le groupe proposé par l'intimé comprend 250 retraités ou conjoints survivants d'employés qui travaillaient dans six provinces : Québec (134 membres), Ontario (82 membres), Alberta (3 membres), Colombie-Britannique (16 membres), Saskatchewan (2 membres) et Manitoba (13 membres). En raison de l'absence de désignation du droit applicable dans le contrat de travail des



the law of the province where each employee worked would have to apply to that employee's case (art. 3118 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”)). According to the motion judge, the multitude of legal schemes applicable to the individual claims is an additional difficulty that demonstrates the proposed group's lack of homogeneity.

[62] However, the fact that the employees worked in six different provinces is not in itself a bar to the authorization of the class action. In a class action, the court can accept proof of the law applicable in the common law provinces or take judicial notice of that law: art. 2809 *C.C.Q.* Only substantial differences between the applicable legal schemes would cause a class action to lose its collective nature: *Union des consommateurs* (2012), at paras. 120 and 123.

[63] In the case at bar, the fact that members of the group live in different Canadian provinces should not prevent the court from authorizing the class action. There are common questions in the claims of the members of the proposed group with respect to the legality or the validity of the 2009 amendments.

(d) *Principle of Proportionality*

[64] The principle of proportionality, which is recognized in Quebec civil procedure, is set out in art. 4.2 *C.C.P.*:

**4.2.** In any proceeding, the parties must ensure that the proceedings they choose are proportionate, in terms of the costs and time required, to the nature and ultimate purpose of the action or application and to the complexity of the dispute; the same applies to proceedings authorized or ordered by the judge.

[65] The appellant submits that an interpretation of art. 1003(a) that encourages a multiplicity of substantive analyses is contrary to the principle of proportionality. It bases its position primarily on the reasons of the majority in *Marcotte*, in which

différents employés, le droit de la province où travaillait chacun d'eux devrait s'appliquer à son cas (art. 3118 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »)). Selon le juge d'autorisation, la multitude des droits applicables aux réclamations individuelles constitue une difficulté additionnelle qui démontre le manque d'homogénéité du groupe proposé.

[62] Cependant, le fait que les employés travaillaient dans six provinces différentes n'est pas, en soi, un obstacle dirimant à l'autorisation du recours collectif. En effet, dans le cadre d'un recours collectif, le tribunal peut recevoir la preuve du droit applicable dans les provinces de common law ou en prendre connaissance d'office : art. 2809 *C.c.Q.* Seules des divergences substantielles entre les différents régimes juridiques applicables feraient perdre au recours collectif sa dimension collective : *Union des consommateurs* (2012), par. 120 et 123.

[63] Dans le cas qui nous occupe, le fait que des membres du groupe demeurent dans différentes provinces canadiennes ne devrait pas empêcher le tribunal d'autoriser l'exercice du recours collectif. Des questions communes existent dans les réclamations des membres du groupe proposé au sujet de la légalité ou de la validité des modifications de 2009.

d) *Principe de la proportionnalité*

[64] Le principe de la proportionnalité, qui est reconnu dans la procédure civile québécoise, est énoncé à l'art. 4.2 *C.p.c.* :

**4.2.** Dans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne.

[65] L'appelante soutient qu'une interprétation de l'al. 1003a) qui encourage la multiplicité des analyses au fond viole le principe de la proportionnalité. Elle appuie sa position principalement sur les motifs de la majorité dans l'affaire *Marcotte*, où

LeBel J. stated that the principle of proportionality must not be limited “to a principle of interpretation that confers no real power on the courts in respect of the conduct of civil proceedings in Quebec”: para. 42.

[66] In our view, the approach proposed by the appellant is wrong. *Marcotte* confirmed the importance of the principle of proportionality in civil procedure, and as a source of the courts’ power to intervene in the management of a case: paras. 42-43. In the class action context, however, the judge’s discretion in respect of the application of the four criteria of art. 1003 *C.C.P.* must be reconciled with the power provided for in art. 4.2 *C.C.P.*: *Bouchard*, at paras. 37, 41 and 44; *Harmegnies*, at paras. 20-22. In our view, insofar as the four criteria set out in art. 1003 *C.C.P.* are exhaustive, and it is our opinion that they are, the principle of proportionality must be considered in the assessment with respect to each of these criteria. The proportionality of the class action is not a separate fifth criterion.

[67] This conclusion is supported by the wording of the legislation and by the case law. In enacting the class action provisions of the *C.C.P.*, the Quebec legislature did not consider it appropriate to require that a class action be the “preferable” procedure for the resolution of the dispute or the common issues, which is the criterion found in the legislation of other provinces. Caution therefore dictates that such a criterion not be introduced indirectly into Quebec’s rules of civil procedure. Article 1003 is clear: the motion judge must authorize the class action if he or she is of the opinion that the four criteria are met. The judge does not have to ask whether a class action is the most appropriate procedural vehicle.

[68] The Quebec case law leads to the same conclusion. As Baudouin J.A. stated in *Harmegnies*, the judge’s discretion [TRANSLATION] “is exercised in the context, and only in the context, of the four requirements established by the legislature”: para. 22; see also *Brown v. B2B Trust*, 2012 QCCA 900 (CanLII), at para. 67; *General Motors du*

le juge LeBel affirme qu’il ne faut pas réduire le principe de la proportionnalité « à un simple principe à valeur interprétative qui n’accorderait aucun pouvoir réel aux tribunaux à l’égard de la conduite de la procédure civile au Québec » : par. 42.

[66] L’approche proposée par l’appelante est, à notre avis, incorrecte. L’arrêt *Marcotte* a confirmé l’importance du principe de la proportionnalité dans la procédure civile et comme source du pouvoir d’intervention des tribunaux dans la gestion d’une instance : par. 42-43. Cependant, en matière de recours collectifs, il faut concilier le pouvoir d’appréciation dont dispose le juge pour l’application des quatre critères prévus à l’art. 1003 *C.p.c.* et le pouvoir conféré par l’art. 4.2 *C.p.c.* : *Bouchard*, par. 37, 41 et 44; *Harmegnies*, par. 20-22. Selon nous, dans la mesure où les quatre critères énoncés à l’art. 1003 *C.p.c.* sont exhaustifs, et nous sommes d’avis qu’ils le sont, le principe de la proportionnalité doit alors être considéré dans l’appréciation de chacun de ces critères. La proportionnalité du recours collectif ne constitue pas un cinquième critère indépendant.

[67] Cette conclusion trouve appui dans le texte de la loi, ainsi que dans la jurisprudence. Lorsqu’il a adopté les dispositions du *C.p.c.* relatives au recours collectif, le législateur québécois n’a pas jugé opportun d’inclure un critère requérant que ce recours soit la « meilleure » procédure pour régler le litige ou les questions communes, critère présent dans d’autres provinces. La prudence impose donc de ne pas introduire indirectement un tel critère dans la procédure civile québécoise. L’article 1003 est clair : lorsque le juge d’autorisation est d’avis que les quatre critères sont respectés, il doit autoriser le recours collectif. Il n’a pas à se demander si le recours collectif est le véhicule procédural le plus adéquat.

[68] La jurisprudence québécoise mène également à la même conclusion. Comme l’affirmait le juge Baudouin de la Cour d’appel dans *Harmegnies*, le pouvoir d’appréciation du juge « s’exerce à l’intérieur et dans le seul cadre des quatre exigences posées par le législateur » : par. 22; voir aussi *Brown c. B2B Trust*, 2012 QCCA 900 (CanLII),

*Canada ltée v. Billette*, 2009 QCCA 2476, [2010] R.J.Q. 66, at para. 44; *Apple Canada Inc. v. St-Germain*, 2010 QCCA 1376 (CanLII), at paras. 55-57; P.-C. Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice: impact et évolution* (2006), at pp. 153-54; É. M. David, “La règle de proportionnalité de l’article 4.2 C.p.c. en matière de recours collectif — Premières interprétations jurisprudentielles”, in Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs* (2007), 315, at p. 335. The effect of the principle of proportionality is to reinforce the discretion judges are already acknowledged to have when considering each of the four criteria of art. 1003 C.C.P.: *Marcotte*, at para. 85. However, the motion judge cannot rely on the principle of proportionality to refuse to authorize an action that otherwise meets the established criteria.

(2) Errors Made by the Motion Judge

[69] In assessing the criterion of art. 1003(a) C.C.P., the motion judge made two errors. First, he ruled on the merits of the case by determining that the rights to insurance benefits of certain members of the group had not crystallized. Second, he adopted the wrong methodology by seeking common answers rather than merely identifying one or more questions that were common to the claims of all the members of the proposed group. We will consider each of these errors in turn.

[70] It is clear from the motion judge’s reasons that he ruled on the merits of the case. When discussing the reasons why the rules governing the retirees’ right to insurance benefits would require an individualized analysis, he decided on the right of certain members to receive such benefits following the insertion of the unilateral amendment clause and the making of the 2009 amendments. It is clear from the following paragraphs from his reasons that he considered the merits on certain of the questions raised in the motion for authorization, thereby overstepping the bounds of the function of screening motions to which he should have limited himself:

par. 67; *General Motors du Canada ltée c. Billette*, 2009 QCCA 2476, [2010] R.J.Q. 66, par. 44; *Apple Canada Inc. c. St-Germain*, 2010 QCCA 1376, [2010] R.J.Q. 1627, par. 55-57; P.-C. Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : impact et évolution* (2006), p. 153-154; É. M. David, « La règle de proportionnalité de l’article 4.2 C.p.c. en matière de recours collectif — Premières interprétations jurisprudentielles », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs* (2007), 315, p. 335. Le principe de la proportionnalité a pour effet de renforcer le pouvoir d’appréciation déjà reconnu au juge dans l’examen de chacun des quatre critères prévus à l’art. 1003 C.p.c. : *Marcotte*, par. 85. Toutefois, le juge d’autorisation ne peut pas, au nom du principe de la proportionnalité, refuser d’autoriser un recours qui respecterait par ailleurs les critères établis.

(2) Erreurs du juge d’autorisation

[69] Dans son appréciation du critère énoncé à l’al. 1003a) C.p.c., le juge d’autorisation a commis deux erreurs. D’une part, il s’est prononcé sur le fond du litige en statuant que les droits de certains membres du groupe à des prestations d’assurance ne s’étaient pas cristallisés. D’autre part, il a adopté une méthodologie erronée en cherchant des réponses communes au lieu de se limiter à cerner une ou plusieurs questions communes aux réclamations de l’ensemble des membres du groupe proposé. Nous allons examiner tour à tour ces deux erreurs.

[70] Il ne fait aucun doute, à la lecture des motifs du juge d’autorisation, qu’il s’est prononcé sur le fond du litige. En effet, lorsqu’il traite des raisons pour lesquelles les règles régissant le droit des retraités à des prestations d’assurance requièrent une analyse individualisée, le juge d’autorisation décide du droit de certains membres de recevoir de telles prestations à la suite de l’insertion de la clause de modification unilatérale et de l’adoption des modifications de 2009. Les paragraphes suivants de ses motifs démontrent clairement qu’il a examiné au fond certaines des questions soulevées dans la requête en autorisation, outrepassant ainsi la fonction de filtrage des requêtes à laquelle il devait se limiter :

[TRANSLATION] The right of the members of Subgroup 2 to post-retirement insurance benefits did not crystallize, since the employer reserved the power to terminate the insurance coverage. A right to resiliate such as this is in fact inconsistent with an intention to confer a vested right.

The section of the 1977 benefit guide entitled “*Termination of Coverage*” / “*Cessation de l’assurance*” indicates clearly that the employer is free to terminate the insurance coverage at any time by resiliating the group insurance contract:

. . .

The right of the members of Subgroup 3 to post-retirement insurance benefits did not crystallize, since the employer expressly reserved the right to modify or terminate the insurance coverage.

. . .

The right of the members of Subgroup 4 to post-retirement insurance benefits did not crystallize, since the employer expressly reserved the right to modify or terminate the insurance coverage. [Emphasis added; paras. 92-93, 98 and 103.]

[71] The appellant argues that the motion judge expressly stated that he was not ruling on the *prima facie* case requirement of art. 1003(b) *C.C.P.* and that, as a result, the above-quoted passages cannot be interpreted as decisions on substantive questions. With respect, the appellant is confusing the conclusion required by art. 1003(b) — that the facts alleged in the motion for authorization seem to justify the conclusions being sought — with a ruling on the merits by the motion judge on certain questions. As we have already said, the motion judge performs a function of screening motions; this is a procedural stage that does not involve consideration of the questions on the merits. The motion judge must inquire into whether the four criteria of art. 1003 *C.C.P.* are met. The questions can be decided on the merits only by the trial judge, after authorization to institute the class action has been granted.

Le droit des membres du Sous-groupe 2 aux prestations d’assurance post-retraites n’est pas cristallisé en raison du pouvoir que l’employeur s’est réservé de terminer la couverture d’assurance. Un tel droit de résiliation est effectivement contraire à une intention d’accorder un droit acquis.

La section du guide d’avantages sociaux de 1977 intitulée « *Cessation de l’assurance* » / « *Termination of Coverage* » indique clairement que l’employeur est libre de terminer la couverture d’assurance en tout temps en résiliant le contrat d’assurance collective :

. . .

Le droit des membres du Sous-groupe 3 aux prestations d’assurance post-retraites n’est pas cristallisé puisque l’employeur s’est expressément réservé le droit de modifier ou terminer la couverture d’assurance.

. . .

Le droit des membres du Sous-groupe 4 aux prestations d’assurance post-retraites n’est pas cristallisé puisque l’employeur s’est expressément réservé le droit de modifier ou terminer la couverture d’assurance. [Nous soulignons; par. 92-93, 98 et 103.]

[71] L’appelante prétend que le juge d’autorisation a explicitement affirmé qu’il ne se penchait pas sur l’apparence de droit — critère prévu à l’al. 1003(b) *C.p.c.* — et que, partant, les passages cités précédemment ne peuvent être interprétés comme des décisions tranchant certaines questions de fond. Avec égards, l’appelante confond la conclusion requise par l’al. 1003(b), à savoir que les faits allégués dans la requête en autorisation paraissent justifier les conclusions recherchées, et la résolution au fond de certaines questions par le juge d’autorisation. Comme nous le mentionnions précédemment, ce dernier remplit une fonction de filtrage des requêtes; il s’agit d’une étape procédurale qui ne consiste pas à examiner le mérite des questions soulevées. Le juge d’autorisation doit se demander si les quatre critères de l’art. 1003 *C.p.c.* sont respectés. Les questions ne peuvent être tranchées au fond que par le juge du procès, après l’octroi de l’autorisation d’exercer le recours collectif.

[72] The motion judge also took the wrong approach in his analysis with respect to the criterion of art. 1003(a) *C.C.P.* Rather than determining whether the claims of all the members of the proposed group raised an identical, similar or related question that could serve to advance the resolution of the litigation, he asked whether there were common answers to the questions raised in the motion for authorization to institute a class action. This approach is clear from paras. 69 and 70 of his reasons:

[TRANSLATION] In the case at bar, the Court finds that because of the large number of questions requiring an individualized analysis for each member of the proposed group, the Applicant's action does not lend itself to a collective resolution.

If the action is authorized, the trial judge will have to conduct a detailed review of a multitude of individual circumstances before he or she will be able to determine whether the 2009 amendments apply to each member of the group.

At the authorization stage, the judge must simply determine whether one or more questions exist that are common to the claims of all the members of the proposed group. As we mentioned above, at this stage, the threshold that must be met to find that there are common questions is a low one.

[73] In this case, the errors made by the motion judge warranted the intervention of the Court of Appeal.

*C. Are the Questions Raised in the Motion for Authorization to Institute a Class Action Identical, Similar or Related Within the Meaning of Article 1003(a) C.C.P.?*

[74] We have found that the motion judge erred in law in requiring answers that were common to the claims of all the members of the proposed group. As a result, this Court, like the Court of Appeal, must reopen the analysis under art. 1003(a) in light of the applicable principles.

[72] Le juge d'autorisation a également appliqué une approche erronée dans son analyse du critère prévu à l'al. 1003a) *C.p.c.* Au lieu de décider s'il y avait, dans les réclamations de l'ensemble des membres du groupe proposé, une question identique, similaire ou connexe qui permettrait de faire avancer le règlement du litige, le juge d'autorisation s'est plutôt demandé s'il existait des réponses communes aux questions soulevées dans la requête en autorisation d'exercer un recours collectif. Cette approche ressort des par. 69 et 70 de ses motifs, où il écrit :

En l'espèce, le Tribunal conclut que le recours du Requéran ne se prête pas à une détermination collective en raison du nombre important de questions qui requièrent une analyse individualisée à l'égard de chacun des membres du groupe proposé.

Si le recours est autorisé, le juge du fond aura à se livrer à un examen détaillé d'une multitude de circonstances individuelles avant de pouvoir déterminer si les Modifications de 2009 sont opposables à chacun des membres du groupe.

Or, au stade de l'autorisation, le juge doit simplement décider s'il existe une ou plusieurs questions communes aux réclamations de l'ensemble des membres du groupe proposé. Comme il a été mentionné précédemment, le seuil requis pour conclure à la présence de questions communes au stade de l'autorisation est peu élevé.

[73] En l'espèce, les erreurs commises par le juge d'autorisation justifiaient l'intervention de la Cour d'appel.

*C. Les questions soulevées dans la requête en autorisation d'exercer un recours collectif sont-elles identiques, similaires ou connexes au sens de l'al. 1003a) C.p.c.?*

[74] Nous avons constaté que le juge d'autorisation a commis une erreur de droit en exigeant des réponses communes aux réclamations de l'ensemble des membres du groupe proposé. En conséquence, notre Cour, à l'instar de la Cour d'appel, se doit de reprendre l'analyse requise par l'al. 1003a) selon les principes applicables.

[75] In this case, the main question raised in the respondent's motion for authorization to institute a class action is whether the amendments made to the Plan in 2009 are valid or lawful. Those amendments had the effect of reducing, as of January 1, 2009, certain benefits promised to the retirees and surviving spouses. Since the claims of all the group's members are based on the Plan, the question of the validity or the legality of the 2009 amendments arises for all the members. The answer to this question can serve to advance the resolution of all the claims. Hence, there is a common question.

[76] A few comments must be made about the existence of subgroups in light of the motion judge's conclusion that the large number of subgroups was a factor that supported the dismissal of the motion for authorization. With respect, that conclusion conflicts with the principles established by the courts regarding the relevance of subgroups at the authorization stage. In several Canadian provinces, including Quebec, the existence of subgroups within the proposed group does not on its own constitute a sufficient basis for refusing to authorize a class action: *W. K. Branch, Class Actions in Canada*, vol. 1 (loose-leaf), at p. 4-103; *Dutton*, at para. 54; *Rumley*, at para. 32. As we mentioned above, the circumstances of the various members of the group can differ as long as the members have no conflicting interests.

[77] Moreover, as this Court stated in *Dutton*, if material differences emerge, the court will deal with them at trial: para. 54. The creation of subgroups will become relevant at that stage, when the judge answers the questions in light of the facts applicable to each member of the group. We therefore agree with the Court of Appeal that a subgroup analysis is neither necessary nor relevant at the authorization stage: para. 66.

[78] In the instant case, if the review of the claims led to different outcomes for the different subgroups

[75] En l'espèce, la principale question que soulève la requête en autorisation d'exercer un recours collectif présentée par l'intimé est la validité ou la légalité des modifications apportées au Régime en 2009. Ces modifications ont eu pour effet de réduire, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009, certains avantages promis aux retraités et aux conjoints survivants. Comme les réclamations de chacun des membres du groupe sont basées sur le Régime, la question de la validité ou de la légalité des modifications de 2009 se pose à l'égard de tous les membres du groupe. La réponse à cette question permettra de faire progresser le règlement de l'ensemble des réclamations. Ces divers éléments indiquent donc la présence d'une question commune.

[76] Il y a lieu de formuler quelques observations sur la présence de sous-groupes, compte tenu de la conclusion du juge d'autorisation selon laquelle la multiplicité des sous-groupes était un facteur permettant de rejeter la requête en autorisation. Avec égards, cette conclusion va à l'encontre des enseignements de la jurisprudence concernant la pertinence des sous-groupes au stade de l'autorisation. Plusieurs provinces canadiennes, dont le Québec, reconnaissent que l'existence de sous-groupes à l'intérieur du groupe proposé ne constitue pas à elle seule un motif suffisant pour refuser l'autorisation d'exercer un recours collectif : *W. K. Branch, Class Actions in Canada*, vol. 1 (feuilles mobiles), p. 4-103; *Dutton*, par. 54; *Rumley*, par. 32. Comme il a été mentionné plus tôt, les circonstances des divers membres du groupe peuvent varier, pourvu qu'il n'existe pas de conflit d'intérêts entre ceux-ci.

[77] De plus, notre Cour a précisé dans l'affaire *Dutton* que, si des différences importantes surgissaient, le tribunal les réglerait au stade de l'audition au fond : par. 54. La création de sous-groupes deviendra pertinente à ce stade lorsque le juge répondra aux questions en fonction de la trame factuelle propre à chaque membre du groupe. En conséquence, nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour affirmer que l'analyse des sous-groupes à cette étape n'est ni nécessaire ni pertinente : par. 66.

[78] Dans le cas qui nous occupe, si l'examen des réclamations aboutissait à des résultats différents

or for different members of the subgroups, that would not necessarily mean that their interests are in conflict. It is more likely that the success or failure of the claims will depend on a key date or a specific term in the subgroup's contract of employment. The possible answers are therefore not mutually exclusive. Success for one subgroup or one member does not mean failure for another. In other words, there are no conflicting interests among the members of the group.

[79] In our opinion, there is in this case, as required by art. 1003(a) *C.C.P.*, a question common to the claims of all the members of the proposed group: whether the 2009 amendments are valid or lawful. The answer to this question may have to be nuanced on the basis of the retirement dates of the various members of the group, or of other circumstances specific to individual members.

#### V. Conclusion

[80] The validity or legality of the 2009 amendments and the other questions raised by the respondent in his motion for authorization to institute a class action are the type of questions referred to in art. 1003(a) *C.C.P.* Since Vivendi has admitted that the conditions of art. 1003(c) and (d) are met and has not contested the Court of Appeal's decision finding that the one set out in art. 1003(b) is met, all the criteria of art. 1003 *C.C.P.* are met.

[81] We would therefore affirm the judgment of the Court of Appeal and dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Rivest, Schmidt, Montréal.*

*Solicitors for the interveners: McCarthy Tétrault, Vancouver.*

parmi les sous-groupes ou entre les membres de ceux-ci, cela ne signifierait pas pour autant qu'il existe un conflit d'intérêts entre eux. Il est plus probable que le succès ou l'échec des réclamations dépendra d'une date charnière ou d'une condition particulière du contrat de travail du sous-groupe. En conséquence, les réponses possibles ne sont pas mutuellement exclusives. Le succès d'un sous-groupe ou d'un membre ne signifie pas l'échec d'un autre. Autrement dit, il n'y a pas de conflit d'intérêts entre les membres du groupe.

[79] À notre avis, il existe en l'espèce, comme le requiert l'al. 1003a) *C.p.c.*, une question commune aux réclamations de l'ensemble des membres du groupe proposé : la validité ou la légalité des modifications de 2009. La réponse à cette question pourrait devoir être nuancée selon la date du départ à la retraite des divers membres du groupe ou d'autres circonstances propres à chacun d'eux.

#### V. Conclusion

[80] La validité ou la légalité des modifications de 2009 ainsi que les autres questions formulées par l'intimé dans sa requête en autorisation d'exercer un recours collectif constituent des questions visées à l'al. 1003a) *C.p.c.* Puisque Vivendi a admis que les conditions fixées aux al. c) et d) sont remplies et n'a pas contesté la décision de la Cour d'appel concluant au respect de celle prévue à l'al. b), tous les critères énoncés à l'art. 1003 *C.p.c.* sont donc respectés.

[81] En conséquence, nous proposons de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rejeter l'appel avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé : Rivest, Schmidt, Montréal.*

*Procureurs des intervenantes : McCarthy Tétrault, Vancouver.*

**W.E.B.** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. W.E.B.**

**2014 SCC 2**

File No.: 35089.

2014: January 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Trial — Ineffective assistance of counsel — Accused challenging competence of his trial counsel on several grounds — Court of Appeal rejecting accused's submissions of ineffective assistance — Whether miscarriage of justice occurred — Court of Appeal's findings as to accused's ineffective assistance claims entitled to deference — Court of Appeal's findings supported by the record — No error in Court of Appeal's analysis or conclusion.*

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (O'Connor A.C.J. and MacPherson and Cronk JJ.A.), 2012 ONCA 776, [2012] O.J. No. 5309 (QL), 2012 CarswellOnt 14252, affirming the conviction of the accused for sexual assault, sexual touching and invitation to sexual touching entered by Scott J. Appeal dismissed.

*Michael A. Crystal and Heather Cross*, for the appellant.

*Holly Loubert*, for the respondent.

**W.E.B.** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. W.E.B.**

**2014 CSC 2**

N° du greffe : 35089.

2014 : 16 janvier.

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

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

*Droit criminel — Procès — Assistance ineffective par un avocat — Contestation par l'accusé de la compétence de son avocate pour différentes raisons — Rejet par la Cour d'appel des allégations d'assistance ineffective formulées par l'accusé — Y a-t-il eu erreur judiciaire? — Les constatations de la Cour d'appel relativement à ces allégations commandent la déférence — Ces constatations sont étayées par le dossier — Aucune erreur n'entache l'analyse ou la conclusion de la Cour d'appel.*

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef adjoint O'Connor et les juges MacPherson et Cronk), 2012 ONCA 776, [2012] O.J. No. 5309 (QL), 2012 CarswellOnt 14252, qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Scott contre l'accusé pour agression sexuelle, contacts sexuels et incitation à des attouchements sexuels. Pourvoi rejeté.

*Michael A. Crystal et Heather Cross*, pour l'appelant.

*Holly Loubert*, pour l'intimée.



The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — The sole issue in this appeal is whether the appellant’s trial counsel provided him with ineffective assistance, thereby resulting in a miscarriage of justice. The appellant challenges the competence of his trial counsel on a number of grounds, the most serious being that she prevented him from testifying at trial.

[2] The Court of Appeal rejected the appellant’s submissions (2012 ONCA 776 (CanLII)). While the court did not specifically address all of the appellant’s many, and continually growing list of ineffective assistance claims, it found that they either lacked an evidentiary foundation or did not result in prejudice. In so concluding, the court carefully considered the record at trial, along with the fresh evidence filed on the appeal, and applied the correct legal principles. It made findings of fact based on this record. In making these findings, the Court of Appeal acted as a court of first instance. Its findings, like those of a trial judge, are entitled to deference (see *R. v. Yumnu*, 2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777, at para. 17).

[3] The Court of Appeal’s findings are supported by the record. Contrary to the appellant’s submissions, the court found that he had agreed with counsel that he would not testify. The court also rejected the appellant’s argument that trial counsel had acted incompetently by failing to prepare him to testify. The court noted that the appellant could have been granted an adjournment had there been any suggestion he wanted to testify, and that extensive preparation was unnecessary. Moreover, the court found that trial counsel had not acted ineffectively in failing to call the father of one of the complainants as a witness because there was no evidence before the court, other than the appellant’s assertion, indicating what this witness would say or how he could be located. Finally, the Court of Appeal found

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — La seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si l’avocate de l’appelant au procès lui a fourni une assistance inefficace et s’il en a résulté une erreur judiciaire. L’appelant met en doute la compétence de l’avocate qui l’a représenté au procès, et ce, pour différentes raisons, la plus grave étant qu’elle l’a empêché de témoigner au procès.

[2] La Cour d’appel a rejeté les prétentions de l’appelant (2012 ONCA 776 (CanLII)). Bien qu’elle n’ait pas traité expressément de toutes les nombreuses allégations d’assistance inefficace — dont la liste n’a cessé de s’allonger — invoquées par l’appelant, la Cour d’appel a conclu que ces allégations n’étaient appuyées par aucun élément de preuve ou encore qu’elles n’avaient pas causé de préjudice. Pour arriver à cette conclusion, la Cour d’appel a soigneusement examiné le dossier de première instance ainsi que la nouvelle preuve produite en appel, et appliqué les bons principes juridiques. Elle a tiré des conclusions de fait basées sur ce dossier. En tirant ces conclusions, elle a agi comme un tribunal de première instance. Ses conclusions, à l’instar de celles d’un juge de première instance, commandent la déférence (voir *R. c. Yumnu*, 2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777, par. 17).

[3] Les conclusions de la Cour d’appel sont étayées par le dossier. Contrairement aux allégations de l’appelant, la Cour d’appel a jugé que ce dernier avait été d’accord avec son avocate à propos de la décision de ne pas témoigner. Elle a aussi rejeté l’argument de l’appelant selon lequel son avocate au procès avait fait preuve d’incompétence en ne préparant pas à témoigner. La Cour d’appel a souligné d’une part que l’appelant aurait pu obtenir un ajournement s’il y avait eu quelque suggestion qu’il voulait témoigner, et d’autre part qu’une longue préparation n’aurait pas été nécessaire. En outre, la Cour d’appel a statué que l’avocate n’avait pas agi de manière inefficace en n’appelant pas comme témoin le père d’une des plaignantes, car, exception faite des assertions de l’appelant, il n’y

that while counsel’s cross-examination of one of the complainants was “perhaps not stellar” (at para. 24), it did not fall outside the realm of reasonable professional assistance.

[4] In sum, we see no error in the Court of Appeal’s analysis or conclusion. For these reasons, we would dismiss the appeal.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Crystal Cyr Barristers, Ottawa.*

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

avait devant la cour aucun élément de preuve indiquant ce que dirait ce témoin ou comment il pourrait être retrouvé. Enfin, la Cour d’appel a jugé que, même si le contre-interrogatoire de l’une des plaignantes par l’avocate n’avait [TRADUCTION] « peut-être pas été exceptionnel » (par. 24), il était demeuré à l’intérieur des limites de l’assistance professionnelle raisonnable.

[4] En résumé, nous ne relevons aucune erreur dans l’analyse ou la conclusion de la Cour d’appel. Pour ces motifs, nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l’appelant : Crystal Cyr Avocats, Ottawa.*

*Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Ontario, Toronto.*

**Erin Lee MacDonald** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

- and -

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Erin Lee MacDonald** *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions and Attorney  
General of Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. MACDONALD**

**2014 SCC 3**

File No.: 34914.

2013: May 23; 2014: January 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NOVA SCOTIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police responding to noise complaint at accused's residence — Accused answering door while concealing loaded restricted firearm — Police pushing door open further to ascertain concealment — Whether officer's conduct constituted search and if so, whether search reasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.*

*Criminal law — Offences — Elements of offence — Mens rea — Possession of loaded restricted firearm — Police responding to noise complaint at accused's residence — Accused answering door while concealing loaded restricted firearm — Accused's licence to possess firearm in Alberta not extending to Nova Scotia, but accused believing it did — Whether Crown required to prove accused knew or was wilfully blind to fact that*

**Erin Lee MacDonald** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

- et -

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Erin Lee MacDonald** *Intimé*

et

**Directeur des poursuites pénales et procureur  
général de l'Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. MACDONALD**

**2014 CSC 3**

N° du greffe : 34914.

2013 : 23 mai; 2014 : 17 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Policier répondant à une plainte de bruit à la résidence de l'accusé — Accusé dissimulant une arme à feu à autorisation restreinte chargée en ouvrant la porte — Policier poussant la porte pour l'ouvrir un peu plus afin de voir ce que dissimulait l'accusé — La conduite du policier constituait-elle une fouille et, dans l'affirmative, la fouille était-elle abusive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.*

*Droit criminel — Infractions — Éléments de l'infraction — Mens rea — Possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée — Policier répondant à une plainte de bruit à la résidence de l'accusé — Accusé dissimulant une arme à feu à autorisation restreinte chargée en ouvrant la porte — Accusé croyant à tort que son permis de possession d'une arme à feu en Alberta était valide en Nouvelle-Écosse — Le ministère public devait-il*

*possession of firearm was unauthorized — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 95.*

Police responded to a noise complaint at M's home in Halifax. When M opened the door, an officer observed that M had an object in his hand, hidden behind his leg. The officer twice asked M what was in his hand. Because M did not answer, the officer pushed the door open a few inches further to see. A struggle ensued and M was disarmed of a loaded handgun. M was licensed to possess and transport the handgun in Alberta, but not in Nova Scotia as he believed he was. At trial, the judge concluded that M's possession of the gun was unauthorized. He also concluded that the officer's pushing the door open further did not breach M's s. 8 *Charter* right to be free from unreasonable search. The trial judge convicted M of careless handling of a firearm (under s. 86 of the *Criminal Code*), possessing a weapon for a dangerous purpose (s. 88), and possessing a loaded restricted firearm (s. 95). The trial judge sentenced M to a three-year imprisonment and a ten-year weapons prohibition. A majority of the Court of Appeal upheld the trial judge's decision that the officer did not breach M's s. 8 *Charter* right. It upheld M's ss. 86 and 88 *Criminal Code* convictions, but significantly reduced the sentences. However, the Court of Appeal allowed M's appeal of his s. 95 conviction and substituted an acquittal.

*Held:* The appeal of the s. 8 *Charter* issue should be dismissed and the Crown's appeal of the s. 95 *Criminal Code* acquittal should be allowed. The matter is remitted to the Court of Appeal for sentencing.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Abella JJ.: The officer's action of pushing the door open further constituted a "search" for purposes of s. 8 of the *Charter*. The action went beyond the implied licence to knock on the door and constituted an invasion of M's reasonable expectation of privacy in his home. Although the officer's action constituted a search for s. 8 purposes, that search was reasonable because both stages of the *Waterfield*

*prouver que l'accusé savait ou avait ignoré volontairement que sa possession de l'arme à feu n'était pas autorisée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 95.*

La police a répondu à une plainte de bruit à la résidence de M à Halifax. Lorsque M a ouvert la porte, un policier a remarqué que M tenait un objet dans sa main, dissimulé derrière sa jambe. Le policier a demandé deux fois à M ce qu'il tenait dans sa main. Comme M ne répondait pas, le policier a poussé la porte pour l'ouvrir quelques pouces de plus pour mieux voir. Après un bref corps à corps, le policier a enlevé à M l'arme de poing chargée qu'il tenait. M était titulaire d'un permis de possession et de transport de l'arme de poing valide en Alberta mais, contrairement à ce qu'il croyait, non valide en Nouvelle-Écosse. Le juge du procès a conclu que M n'était pas autorisé à posséder l'arme à feu. Il a aussi conclu qu'en poussant la porte pour l'ouvrir un peu plus, le policier n'avait pas violé le droit de M à la protection contre les fouilles abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Le juge du procès a déclaré M coupable d'avoir manipulé une arme à feu d'une manière négligente (aux termes de l'art. 86 du *Code criminel*), d'avoir eu en sa possession une arme dans un dessein dangereux (art. 88) et d'avoir eu en sa possession une arme à feu à autorisation restreinte chargée (art. 95). Il a condamné M à trois ans d'emprisonnement et lui a interdit de posséder une arme à feu pendant dix ans. La Cour d'appel, à la majorité, a maintenu la décision du premier juge selon laquelle le policier n'avait pas violé le droit que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M. Elle a maintenu les déclarations de culpabilité fondées sur les art. 86 et 88 du *Code criminel* mais a atténué considérablement les peines. Cependant, la Cour d'appel a accueilli l'appel de M interjeté à l'encontre de la déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 95 et a ordonné un acquittement.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté sur la question relative à l'art. 8 de la *Charte* et le pourvoi du ministère public contre l'acquittement relatif à l'accusation portée en vertu de l'art. 95 du *Code criminel* est accueilli. L'affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour la détermination de la peine.

*La juge en chef* McLachlin et les juges LeBel, Fish et Abella : L'intervention du policier, lorsqu'il a poussé la porte un peu plus loin, constituait une « fouille » au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Ce geste allait au-delà de l'autorisation implicite de frapper à la porte et constituait une atteinte à une attente raisonnable de M en matière de respect de la vie privée dans sa demeure. Même si l'intervention du policier constituait une fouille au sens

test were satisfied. The first stage was satisfied because the warrantless search falls within the scope of the common law police duty to protect life and safety and the second, because the search constitutes a justifiable exercise of powers associated with the duty.

To determine whether a safety search is reasonably necessary, and therefore justifiable, a number of factors must be weighed to balance the police duty against the liberty interest in question. These factors include: the importance of the duty to the public good; the necessity of the infringement for the performance of the duty; and the extent of the infringement. The duty to protect life and safety is of the utmost importance to the public good, but an infringement on individual liberty may be necessary when, for example, the officer has reasonable grounds to believe that the individual is armed and dangerous. That infringement will be justified only to the extent that it is necessary for the officer to search for weapons. In other words, and as this Court recognized in *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, the powers of the police are limited. Courts must consider not only the extent of the infringement, but how it was carried out. Restraints on safety searches are particularly important in homes, where such searches can often give the police access to a considerable amount of very sensitive personal information.

In this case, the officer had reasonable grounds to believe that there was an imminent threat to public and police safety and that the search was necessary to eliminate that threat. The manner in which he carried out the search was also reasonable. The trial judge found that the officer pushed the door open no more than was necessary to find out what M had behind his leg. The officer twice asked M what he had in his hand but received no answer. In these circumstances, it is hard to imagine a less invasive way of determining whether M was concealing a weapon and thereby eliminating any threat. It follows that M's rights under s. 8 of the *Charter* were not violated.

As for a s. 95 *Criminal Code* conviction, the Court of Appeal erred in requiring the Crown to prove that M knew that his possession and acquisition licence and authorization to transport the firearm did not extend to his Halifax home. That requirement is inconsistent with

de l'art. 8, cette fouille n'était pas abusive parce que les deux volets du critère de l'arrêt *Waterfield* étaient respectés. Le premier volet était respecté puisque la fouille sans mandat s'inscrivait dans le cadre du devoir qu'ont les policiers en common law de protéger la vie et la sécurité, et le second, puisque la fouille constituait un exercice justifiable des pouvoirs afférents à ce devoir.

Pour déterminer si une fouille de sécurité est raisonnablement nécessaire, et donc justifiable, un certain nombre de facteurs doivent être pris en considération pour mettre en équilibre le devoir des policiers et le droit à la liberté en cause. Ces facteurs englobent l'importance de ce devoir pour l'intérêt public, la nécessité de l'atteinte pour l'accomplissement de ce devoir et l'ampleur de l'atteinte. Le devoir de protéger la vie et la sécurité est de la plus haute importance pour l'intérêt public, mais une atteinte à la liberté d'une personne peut être nécessaire lorsque, par exemple, le policier a des motifs raisonnables de croire que cette personne est armée et dangereuse. Cette atteinte à la liberté ne sera justifiée que dans la mesure où il est nécessaire que le policier vérifie la présence d'armes. En d'autres mots, et comme notre Cour l'a reconnu dans *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, les pouvoirs des policiers sont limités. Les tribunaux doivent prendre en compte non seulement l'ampleur de l'atteinte, mais aussi la façon dont la fouille a été effectuée. Des limites à l'égard des fouilles de sécurité effectuées dans une résidence privée sont particulièrement importantes car ces fouilles peuvent souvent permettre à la police d'obtenir de nombreux renseignements personnels très délicats.

En l'espèce, le policier avait des motifs raisonnables de croire à l'existence d'une menace imminente pour la sécurité du public et celle des policiers et que la fouille était nécessaire pour éliminer cette menace. La façon dont il a effectué la fouille n'était pas non plus abusive. Le juge du procès a conclu que le policier n'a pas ouvert la porte plus qu'il n'était nécessaire pour découvrir ce qui se trouvait derrière la jambe de M. Le policier a demandé deux fois à M ce qu'il tenait dans sa main, sans obtenir de réponse. Dans de telles circonstances, il est difficile d'imaginer une façon moins envahissante de déterminer si M cachait une arme et, par le fait même, d'éliminer toute menace. Par conséquent, il n'y a pas eu violation des droits que l'art. 8 de la *Charte* confère à M.

Pour ce qui est de la déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 95 du *Code criminel*, la Cour d'appel a commis une erreur en obligeant le ministère public à prouver que M savait que son permis de possession et d'acquisition de l'arme à feu et son autorisation de transporter l'arme

the rule, codified in s. 19 of the *Code*, that ignorance of the law is no excuse. Section 95 is a *mens rea* offence, but does not include knowledge of *unauthorized* possession. Rather, knowledge of possession, together with intention to possess in a particular place, is enough.

In this case, M's subjective belief that he could possess the firearm in his Halifax home is a mistake of law and that mistake is no defence. Therefore, M's s. 95 conviction must be restored and the matter remitted to the Court of Appeal both for sentencing and for assessing the constitutional validity of the mandatory minimum sentence under s. 95.

*Per* Rothstein, Moldaver and Wagner JJ.: The majority concludes that the officer's conduct in this case was only justified because he had reasonable grounds to believe that M was armed and dangerous. In doing so, they effectively overturn the "safety search" power recognized in *Mann* and a decade of subsequent jurisprudence.

This Court decided in *Mann* that officers may conduct protective searches when they have reasonable grounds to *suspect* that an individual is armed and dangerous. And that is why the search was justified in this case. Five reasons support this conclusion.

First, the language of *Mann* makes clear that it recognized a protective search power predicated on reasonable suspicion. Second, *Mann* relies on the U.S. Supreme Court's seminal decision in *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968), a decision which recognized a directly analogous protective search power on a reasonable suspicion standard. Third, subsequent judgments from this Court and courts of appeal have affirmed that *Mann* employed the reasonable suspicion standard. Fourth, the logical consequences of a reasonable grounds to believe standard make little sense in this context; if *Mann* required reasonable grounds to believe for a pat-down search, it would seem that all that *Mann* achieves is a power to *search* when there are already grounds to *arrest*. Fifth, the facts of this case do not support a finding that the officer had reasonable grounds to believe that M was armed and dangerous.

n'étaient pas valides à sa résidence de Halifax. Cette exigence contrevient à la règle, codifiée à l'art. 19 du *Code*, selon laquelle l'ignorance de la loi n'est pas une excuse. L'article 95 crée une infraction exigeant la *mens rea*, mais il ne comporte pas comme élément la connaissance que la possession de l'arme *n'est pas autorisée*. Il suffit plutôt de prouver que la personne sait qu'elle a l'arme en sa possession et qu'elle a l'intention de la posséder dans un lieu donné.

En l'espèce, la croyance subjective de M qu'il pouvait avoir l'arme à feu en sa possession dans sa résidence de Halifax est une erreur de droit et cette erreur ne constitue pas un moyen de défense. Par conséquent, la déclaration de culpabilité de M fondée sur l'art. 95 doit être rétablie et l'affaire doit être renvoyée à la Cour d'appel pour la détermination de la peine et pour qu'elle détermine la validité constitutionnelle de la peine minimale obligatoire applicable aux termes de l'art. 95.

*Les juges* Rothstein, Moldaver et Wagner : Selon les juges majoritaires, la conduite du policier en l'espèce était justifiée uniquement parce qu'il avait des motifs raisonnables de croire que M était armé et dangereux. De ce fait, ils infirment effectivement le pouvoir de procéder à une « fouille de sécurité » reconnu dans *Mann* et dans la jurisprudence des 10 années qui ont suivi.

Dans l'arrêt *Mann*, notre Cour a statué que les policiers peuvent procéder à des fouilles préventives lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de *souçonner* qu'une personne est armée et dangereuse. Et c'est pourquoi la fouille était justifiée en l'espèce. Cinq raisons confirment cette conclusion.

Premièrement, le libellé de *Mann* indique clairement que cet arrêt reconnaît un pouvoir de fouille préventive fondé sur des soupçons raisonnables. Deuxièmement, la Cour dans *Mann* s'appuie sur l'arrêt de principe *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968), rendu par la Cour suprême des États-Unis, une décision qui a reconnu un pouvoir de fouilles préventives directement analogue fondé sur une norme de soupçons raisonnables. Troisièmement, les décisions subséquentes de notre Cour et des cours d'appel ont confirmé que l'arrêt *Mann* avait adopté la norme des soupçons raisonnables. Quatrièmement, il n'est guère logique d'appliquer la norme des motifs raisonnables de croire dans ce contexte; s'il élablit que des motifs raisonnables de croire sont exigés pour justifier une fouille par palpation, l'arrêt *Mann* ne fait donc apparemment que reconnaître un pouvoir de *fouille* lorsqu'il existe déjà des motifs de procéder à une *arrestation*. Cinquièmement, les faits de l'espèce ne permettent pas de conclure que le policier avait des motifs raisonnables de croire que M était armé et dangereux.

These five reasons — the language of *Mann*, the history from which *Mann* emerged, the consequences of interpreting *Mann* as requiring reasonable grounds to believe, the jurisprudence that has interpreted *Mann*, and the facts of this case — all lead to the same unavoidable conclusion: *Mann* recognized a protective search power predicated on reasonable suspicion.

This case ought to have been resolved by extending the logic of *Mann*. First, the officer, while lawfully engaged in his duties, had a reasonable suspicion that M was armed and dangerous. Second, in response to that reasonable suspicion, the officer's conduct — pushing M's door open a few more inches — was no more intrusive of M's privacy interests than was reasonably necessary to address the threat. Accordingly, the search was reasonable for s. 8 purposes.

The consequence of the majority's decision is to deprive officers of the ability to conduct protective searches except in circumstances where they already have grounds to arrest. As of today, officers are empowered to detain individuals they *suspect* are armed and dangerous for investigatory purposes, but they have no power to conduct pat-down searches to ensure their safety or the safety of the public as they conduct these investigations. However, a police officer in the field, faced with a realistic risk of imminent harm, should be able to act immediately and take reasonable steps, in the form of a minimally intrusive safety search, to alleviate the risk.

### Cases Cited

By LeBel J.

**Applied:** *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725; *R. v. Forster*, [1992] 1 S.C.R. 339; **referred to:** *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Stenning*, [1970] S.C.R. 631; *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443; *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *Lévis (City) v. Tétreault*, 2006 SCC 12, [2006] 1 S.C.R. 420; *The Queen v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531.

À la lumière de ces cinq motifs — le libellé de *Mann*, le contexte historique ayant mené à cet arrêt, les conséquences de l'interprétation selon laquelle l'arrêt *Mann* exige des motifs raisonnables de croire, la jurisprudence qui a interprété ce précédent, et les faits de l'espèce — une seule conclusion s'impose : l'arrêt *Mann* reconnaît un pouvoir de fouille préventive fondé sur des soupçons raisonnables.

Il aurait fallu résoudre la présente affaire suivant la logique de *Mann*. Premièrement, le policier, dans l'exercice légitime de ses fonctions, soupçonnait raisonnablement que M était armé et dangereux. Deuxièmement, à cause de ces soupçons raisonnables, l'intervention du policier — en poussant la porte de M pour l'ouvrir quelques pouces de plus — n'a porté atteinte au droit de M au respect de sa vie privée que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour faire face à la menace. En conséquence, la fouille n'était pas abusive au sens de l'art. 8.

La décision rendue par les juges majoritaires a pour conséquence de priver les policiers du pouvoir d'effectuer une fouille préventive, sauf s'ils ont déjà des motifs de procéder à une arrestation. À partir d'aujourd'hui, les policiers peuvent détenir à des fins d'enquête les personnes *souçonnées* d'être armées et dangereuses, mais ne sont pas autorisés à effectuer des fouilles par palpation pour assurer leur sécurité ou celle du public dans le cadre d'une enquête. Toutefois, un policier sur le terrain, exposé à un risque réaliste de préjudice imminent, devrait pouvoir agir immédiatement et prendre des mesures raisonnables, sous la forme d'une fouille de sécurité peu envahissante, pour atténuer ce risque.

### Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

**Arrêts appliqués :** *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339; **arrêts mentionnés :** *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Stenning*, [1970] R.C.S. 631; *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443; *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *Lévis (Ville) c. Tétreault*, 2006 CSC 12, [2006] 1 R.C.S. 420; *La Reine c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531.

By Moldaver and Wagner JJ.

**Applied:** *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; **referred to:** *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. MacKenzie*, 2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250; *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *Arizona v. Johnson*, 129 S. Ct. 781 (2009); *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725; *R. v. Aucoin*, 2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408; *R. v. Crocker*, 2009 BCCA 388, 275 B.C.A.C. 190, leave to appeal refused, [2010] 1 S.C.R. viii; *R. v. Atkins*, 2013 ONCA 586, 310 O.A.C. 397; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743, leave to appeal refused, [1998] 1 S.C.R. ix.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 12, 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 19, 86, 88, 95, 487.11, 529.3(2).  
*Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, s. 17.

#### Authors Cited

Healy, Patrick. “Investigative Detention in Canada”, [2005] *Crim. L.R.* 98.  
 LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, 5th ed., vol. 4. St. Paul, Minn.: West, 2012.  
*Oxford English Dictionary* (online: www.oed.com), “risk”.  
 Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.  
 Stribopoulos, James. “The Limits of Judicially Created Police Powers: Investigative Detention after *Mann*” (2007), 52 *Crim. L.Q.* 299.

APPEALS from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J. and Saunders and Beveridge J.J.A.), 2012 NSCA 50, 317 N.S.R. (2d) 90, 1003 A.P.R. 90, 283 C.C.C. (3d) 308, 261 C.R.R. (2d) 303, [2012] N.S.J. No. 252 (QL), 2012 CarswellNS 328, setting aside the accused’s conviction for possession of a loaded restricted firearm. Appeal of Erin Lee MacDonald dismissed and appeal of Her Majesty The Queen allowed.

Citée par les juges Moldaver et Wagner

**Arrêt appliqué :** *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; **arrêts mentionnés :** *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. MacKenzie*, 2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *Arizona c. Johnson*, 129 S. Ct. 781 (2009); *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *R. c. Aucoin*, 2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 408; *R. c. Crocker*, 2009 BCCA 388, 275 B.C.A.C. 190, autorisation d’appel refusée, [2010] 1 R.C.S. viii; *R. c. Atkins*, 2013 ONCA 586, 310 O.A.C. 397; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743, autorisation de pourvoi refusée, [1998] 1 R.C.S. ix.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 12, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 19, 86, 88, 95, 487.11, 529.3(2).  
*Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39, art. 17.

#### Doctrine et autres documents cités

Healy, Patrick. « Investigative Detention in Canada », [2005] *Crim. L.R.* 98.  
 LaFave, Wayne R. *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment*, 5th ed., vol. 4. St. Paul, Minn. : West, 2012.  
*Oxford English Dictionary* (online : www.oed.com), « risk ».  
 Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2012.  
 Stribopoulos, James. « The Limits of Judicially Created Police Powers : Investigative Detention after *Mann* » (2007), 52 *Crim. L.Q.* 299.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Saunders et Beveridge), 2012 NSCA 50, 317 N.S.R. (2d) 90, 1003 A.P.R. 90, 283 C.C.C. (3d) 308, 261 C.R.R. (2d) 303, [2012] N.S.J. No. 252 (QL), 2012 CarswellNS 328, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l’accusé de possession d’une arme à feu à autorisation restreinte chargée. Pourvoi d’Erin Lee MacDonald rejeté et pourvoi de Sa Majesté la Reine accueilli.



*Hersh Wolch, Q.C., and Janna Watts*, for the appellant/respondent.

*William D. Delaney, Q.C., and Timothy S. O’Leary*, for the respondent/appellant.

*James C. Martin and Ann Marie Simmons*, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

*John C. Pearson and Michelle Campbell*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Abella JJ. was delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction

[1] This case requires us to consider the scope of police search powers in the context of everyday interactions with private citizens at the doorsteps of their homes. The police in this case responded to a noise complaint and, without warning, became engaged in a dangerous situation that, in their opinion, put their safety, and the safety of others, in jeopardy. The charges laid as a result of this incident afford us an opportunity to consider the operation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in this context, the *mens rea* required for conviction under s. 95(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and some corollary issues related to sentencing.

## II. Background Facts

[2] In 2009, Mr. MacDonald was employed in the oil and gas industry. His employment required him to spend time in both Calgary and Halifax. On the evening of December 28, 2009, Mr. MacDonald entertained a co-worker and his co-worker’s friend at his Halifax condominium (the “unit”). Some alcohol was consumed during the evening as Mr. MacDonald and his colleague — who was about to replace him in Halifax — discussed work.

*Hersh Wolch, c.r., et Janna Watts*, pour l’appelant/intimé.

*William D. Delaney, c.r., et Timothy S. O’Leary*, pour l’intimée/appelante.

*James C. Martin et Ann Marie Simmons*, pour l’intervenant le directeur des poursuites pénales.

*John C. Pearson et Michelle Campbell*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish et Abella rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

[1] Dans la présente affaire, il nous faut examiner l’étendue des pouvoirs en matière de fouille dont disposent les policiers dans leurs interactions quotidiennes avec des citoyens lorsqu’ils se présentent à leur porte. En l’espèce, les policiers ont répondu à une plainte de bruit. Sans s’y attendre, ils se sont trouvés dans une situation dangereuse mettant, selon eux, leur sécurité et celle d’autrui en péril. Les accusations portées à la suite de cet incident nous donnent l’occasion d’examiner l’application de l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans ce contexte, la *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité fondée sur le par. 95(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ainsi que certaines questions accessoires liées à la détermination de la peine.

## II. Contexte factuel

[2] En 2009, M. MacDonald travaillait dans l’industrie pétrolière et gazière. Son travail l’amenait à partager son temps entre Calgary et Halifax. Le soir du 28 décembre 2009, il recevait un collègue et l’amie de celui-ci à son condominium de Halifax (l’« unité »). Ils ont consommé une certaine quantité d’alcool pendant la soirée, alors que M. MacDonald et son collègue — qui devait prendre le poste de M. MacDonald à Halifax — discutaient de leur travail.

[3] Later in the evening, the concierge of Mr. MacDonald's building, Mr. Sears, received a noise complaint regarding loud music reverberating from the unit. Mr. Sears went to the unit, heard the loud music and knocked on the door. He received no response. Just as he was about to leave, he saw Mr. MacDonald's guests leaving the unit and saying good night. At this point, Mr. Sears asked Mr. MacDonald to turn down his music. Mr. MacDonald, swearing at him, refused to do so.

[4] Mr. Sears contacted the Halifax Regional Police and asked them to deal with the complaint about the noise issue. Cst. Pierce went to the building and, together with Mr. Sears, approached Mr. MacDonald's unit. Cst. Pierce knocked on his door and asked him to turn his music down or off. Mr. MacDonald swore at her and slammed the door shut.

[5] Cst. Pierce contacted her supervisor, Sgt. Boyd, who arrived at the building approximately a half hour later. Sgt. Boyd, Cst. Pierce and Mr. Sears went to the unit. Sgt. Boyd tried to get Mr. MacDonald to answer the door by knocking on it and kicking it, and also shouted that he was from the Halifax Regional Police.

[6] About five minutes later, Mr. MacDonald opened the door, but only about 16 inches — enough for the officers to see the right side of his body and face. Sgt. Boyd noticed something “black and shiny” in Mr. MacDonald's right hand that was in a shadow and was partially hidden by his right leg (A.R., at p. 167). He believed it might be a knife. He twice asked Mr. MacDonald what was behind his leg, gesturing toward his right hand. Mr. MacDonald did not respond.

[7] Wanting to get a better look at what Mr. MacDonald had in his hand, Sgt. Boyd pushed the door open a few inches further. The resulting light enabled him to identify it as a handgun. He yelled “gun!” and quickly forced his way into the

[3] Plus tard dans la soirée, le concierge de l'immeuble, M. Sears, a reçu une plainte de bruit causé par la force de la musique qui résonnait de l'unité de M. MacDonald. Monsieur Sears s'est alors rendu chez ce dernier, a entendu cette musique et a frappé à la porte de l'unité. Personne n'a répondu. Alors que M. Sears s'apprêtait à partir, il a vu les invités de M. MacDonald sortir de l'unité et s'en aller. À ce moment, M. Sears a demandé à ce dernier de baisser le son de la musique. Celui-ci a refusé en l'injuriant.

[4] Monsieur Sears a communiqué avec la police régionale de Halifax et lui a demandé de s'occuper du problème de bruit. L'agente Pierce s'est donc présentée à l'immeuble et, accompagnée de M. Sears, s'est rendue à l'unité de M. MacDonald. Elle a frappé à sa porte et lui a demandé de baisser le son ou d'arrêter sa musique. Celui-ci l'a injuriée en claquant la porte.

[5] L'agente Pierce a appelé son superviseur, le sergent Boyd, qui est arrivé environ 30 minutes plus tard. Le sergent Boyd, l'agente Pierce et M. Sears se sont rendus à l'unité de M. MacDonald. Pour l'amener à ouvrir, le sergent Boyd a frappé à la porte et y a donné un coup de pied, tout en annonçant d'une voix forte que la police régionale de Halifax était à la porte.

[6] Environ cinq minutes plus tard, M. MacDonald a ouvert la porte, mais seulement d'environ 16 pouces — assez pour montrer le côté droit de son corps et de son visage. Le sergent Boyd a remarqué quelque chose de [TRADUCTION] « noir et brillant » dans la main droite de M. MacDonald, dans la pénombre et dissimulé en partie derrière sa jambe droite (d.a., p. 167). Croyant qu'il puisse s'agir d'un couteau, il a demandé à deux reprises à M. MacDonald ce qui se trouvait derrière sa jambe, en indiquant sa main droite. Ce dernier n'a pas répondu.

[7] Afin de mieux voir l'objet qui se trouvait dans la main de M. MacDonald, le sergent Boyd a poussé la porte pour l'ouvrir de quelques pouces de plus. Un meilleur éclairage lui a permis de constater qu'il s'agissait d'une arme de poing. Il a crié [TRADUCTION]

unit. After a brief struggle, he was able to disarm Mr. MacDonald.

[8] The gun that Mr. MacDonald was holding when he opened the door was found to be a 9-mm Beretta — a restricted firearm. It was registered to him. The gun was loaded.

[9] Mr. MacDonald was charged with numerous offences, three of which are relevant here: handling a firearm in a careless manner or without reasonable precautions for the safety of other persons, contrary to s. 86(1) of the *Code*; unlawfully having in his possession a weapon for a purpose dangerous to the public peace, contrary to s. 88(1); and possessing, in a place, a loaded restricted firearm without being the holder of an authorization or a licence under which he may possess the said firearm in that place, contrary to s. 95(1).

### III. Judicial History

#### A. *Nova Scotia Provincial Court*

[10] At trial, a *voir dire* was held to determine whether Mr. MacDonald's right to be secure against an unreasonable search guaranteed by s. 8 of the *Charter* had been violated when Sgt. Boyd pushed the door to the unit open a few inches further to ascertain what he was holding. Judge Digby found that there is an exception that permits an officer to enter a home to ensure his or her safety, particularly where, as here, the intrusion is minor. He concluded that "there is no *Charter* breach and the burden is on the accused to prove on a balance of probabilities that there is a *Charter* breach" (A.R., at p. 250).

[11] After weighing all the circumstances, Judge Digby found Mr. MacDonald guilty of the charges under ss. 86(1) and 88(1). Others could have been injured as a result of his conduct, which was out

« arme! » et est rapidement entré de force dans l'unité de M. MacDonald. Il est parvenu à le désarmer après un bref corps à corps.

[8] La suite de l'enquête a révélé que l'arme à feu que tenait M. MacDonald lorsqu'il a ouvert la porte était un pistolet Beretta de calibre 9 mm — une arme à autorisation restreinte — enregistrée à son nom. L'arme était chargée.

[9] Monsieur MacDonald a été accusé de nombreuses infractions, dont trois sont pertinentes dans le cadre du présent pourvoi : avoir manipulé une arme à feu d'une manière négligente ou sans prendre suffisamment de précautions pour la sécurité d'autrui, contrairement au par. 86(1) du *Code*; avoir eu illégalement en sa possession une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, contrairement au par. 88(1); et avoir eu en sa possession une arme à feu à autorisation restreinte chargée, sans être titulaire d'une autorisation ou d'un permis qui l'y autorisait dans ce lieu, contrairement au par. 95(1).

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse*

[10] Au procès, le juge a tenu un voir-dire pour déterminer si le droit de M. MacDonald à la protection contre une fouille abusive garanti par l'art. 8 de la *Charte* avait été violé lorsque le sergent Boyd avait poussé la porte de l'unité pour l'ouvrir quelques pouces de plus afin de vérifier ce que M. MacDonald tenait dans sa main. Le juge Digby a conclu à l'existence d'une exception permettant à un policier d'entrer dans une résidence pour assurer sa sécurité, en particulier si, comme en l'espèce, l'intrusion est mineure. Selon lui, [TRADUCTION] « il n'y a pas eu violation de la *Charte* et il incombe à l'accusé de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'une telle violation a été commise » (d.a., p. 250).

[11] Après avoir évalué l'ensemble des circonstances, le juge Digby a déclaré M. MacDonald coupable des infractions prévues aux par. 86(1) et 88(1). Le comportement de ce dernier aurait pu

of proportion to any threat, actual or reasonably perceived. Before opening the door, Mr. MacDonald knew the people there were police officers or people claiming to be police officers. He also knew that if they were in fact police officers, they would react to his holding a handgun, and this would put his own safety at risk as well as that of the officers themselves and of the public.

[12] Judge Digby also found Mr. MacDonald guilty of the charge under s. 95(1). In so finding, he noted that Mr. MacDonald and the Crown agreed on the following facts:

. . . it is common ground that Mr. MacDonald had a possession and acquisition license, that the Beretta firearm was properly registered in Mr. MacDonald's name and that he had a right to possess it in his dwelling. It was registered with the Canadian Firearms Centre or another place approved for storage by the chief firearms officer.

It is common ground that [Mr. MacDonald] had a loaded, restricted firearm in his residence at Bishop's Landing. . . . He had documentation which he submitted in evidence from the Nova Scotia Rifle Association indicating that he was a member and invited to use their facility. I take it it is common ground, and certainly the case has proceeded on the basis of common ground, that Nova Scotia Rifle Association is an organization which falls under section 19(1)(a) of the *Firearms Act*. [A.R., at pp. 19 and 21]

[13] Mr. MacDonald had an authorization to transport the firearm, but, the learned trial judge held, it entitled him to transport the firearm only between his residence in Calgary and shooting ranges and border crossings in Alberta. He therefore had no right to take it to Halifax. Mr. MacDonald was guilty under s. 95(1) because he had the firearm in the unit without holding a licence which permitted him to possess it in that place.

causer des blessures à autrui et était disproportionné par rapport à une menace, réelle ou raisonnablement perçue, dont il pouvait faire l'objet. Avant d'ouvrir, M. MacDonald savait que des policiers ou des personnes prétendant l'être se trouvaient à sa porte. Il savait aussi que, si ces personnes appartenaient effectivement à la police, elles réagiraient à la vue d'une arme de poing, ce qui mettrait sa sécurité, celle des policiers et celle du public en péril.

[12] Le juge Digby a aussi déclaré M. MacDonald coupable de l'infraction prévue au par. 95(1). Ce faisant, il a souligné que ce dernier et le ministère public s'entendaient sur les faits suivants :

[TRADUCTION] . . . il est admis que M. MacDonald détenait un permis de possession et d'acquisition, que le pistolet Beretta était dûment enregistré au nom de M. MacDonald et que ce dernier avait le droit de l'avoir en sa possession dans sa résidence. Le pistolet en question était enregistré auprès du Centre canadien des armes à feu ou d'un autre endroit approuvé pour l'entreposage par le contrôleur des armes à feu.

Il est admis qu'il [M. MacDonald] possédait une arme à feu à autorisation restreinte chargée dans sa résidence de Bishop's Landing. [ . . . ] Il possédait, et a présenté en preuve, des documents de la Nova Scotia Rifle Association indiquant qu'il était membre de cette association et qu'il pouvait utiliser ses installations. Il est à mon avis admis, et il a certainement été tenu pour avéré, que la Nova Scotia Rifle Association est une organisation visée par l'al. 19(1)(a) de la *Loi sur les armes à feu*. [d.a., p. 19 et 21]

[13] M. MacDonald était autorisé à transporter l'arme à feu, mais le savant juge du procès a conclu que cette autorisation lui permettait seulement de transporter l'arme de sa résidence de Calgary aux champs de tir et aux postes frontaliers de l'Alberta. Il n'avait donc pas le droit de l'apporter à Halifax. M. MacDonald a été déclaré coupable de l'infraction prévue au par. 95(1) parce qu'il avait l'arme à feu en sa possession dans l'unité sans être titulaire d'un permis l'autorisant à posséder cette arme dans ce lieu.

[14] Judge Digby sentenced Mr. MacDonald to three years' imprisonment. He found that two years in a federal penitentiary was an appropriate sentence for the offence under s. 86(1). For the offence under s. 88(1), the proper sentence was three years in a federal penitentiary concurrent with the first sentence. As for the s. 95(1) offence, he found that the minimum sentence of three years in a federal penitentiary was appropriate and ordered that it be served concurrently with the other two sentences. Judge Digby rejected Mr. MacDonald's contention that the minimum three-year sentence violated the right not to be subjected to cruel and unusual punishment guaranteed by s. 12 of the *Charter*, finding, despite the consequences for him and despite certain hypothetical scenarios, that it was not grossly disproportionate. He ordered that the firearm be forfeited and prohibited Mr. MacDonald from possessing any weapons for 10 years and any restricted weapons for life.

B. *Nova Scotia Court of Appeal, 2012 NSCA 50, 317 N.S.R. (2d) 90*

[15] MacDonald C.J.N.S. (Saunders J.A. concurring) found that no *Charter* violation had occurred on the evening in question. He noted that warrantless entry into a home is *prima facie* illegal and that the onus was therefore on the Crown to justify the entry. Relying on this Court's decision in *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, he concluded that there is a common law police power to search without a warrant where the safety of the public or the police is at stake. He acknowledged, however, that this power is limited to situations in which, "in addition to acting within the general scope of their authority, [the police] have no other feasible less intrusive alternative", and he added that "the manner of carrying out the impugned activity must also be reasonable" (para. 31). He found that Sgt. Boyd had exercised the power validly in the case at bar. The police were acting within the general scope of their authority by going to Mr. MacDonald's place of residence to deal with a noise complaint.

[14] Le juge Digby a condamné M. MacDonald à trois ans d'emprisonnement. Il a estimé qu'il convenait d'infliger une peine d'emprisonnement de deux ans dans un pénitencier fédéral pour l'infraction prévue au par. 86(1). Pour celle prévue au par. 88(1), il y avait lieu d'infliger une peine d'emprisonnement de trois ans dans un pénitencier fédéral, concurrente à la première peine. Quant à l'infraction prévue au par. 95(1), il a jugé appropriée la peine minimale de trois ans d'emprisonnement dans un pénitencier fédéral, et il a ordonné qu'elle soit purgée concurremment avec les deux autres peines. Le juge Digby a rejeté l'argument de M. MacDonald selon lequel la peine minimale de trois ans d'emprisonnement violait le droit à la protection contre toutes peines cruelles et inusitées garanti par l'art. 12 de la *Charte*, et il a estimé qu'elle n'était pas exagérément disproportionnée, en dépit des conséquences pour M. MacDonald et malgré certains scénarios hypothétiques. Le juge a ordonné la confiscation de l'arme à feu, a interdit à M. MacDonald de posséder des armes pendant une période de 10 ans et lui a infligé une interdiction perpétuelle de posséder des armes à autorisation restreinte.

B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, 2012 NSCA 50, 317 N.S.R. (2d) 90*

[15] Le juge en chef MacDonald (avec l'accord du juge Saunders) a conclu que la *Charte* n'avait aucunement été violée le soir où est survenu l'incident. Il a fait remarquer qu'une entrée sans mandat dans une résidence est à première vue illégale et qu'il incombe au ministère public de justifier l'entrée. S'appuyant sur la décision de notre Cour dans *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, il a conclu que la common law reconnaît aux policiers le pouvoir de procéder à une fouille sans mandat lorsque la sécurité du public ou des policiers est en jeu. Il a toutefois reconnu que les policiers ne peuvent exercer ce pouvoir que dans les situations où, [TRADUCTION] « en plus d'agir dans le cadre général de leurs pouvoirs, [ils] ne disposent d'aucune autre solution pratique moins envahissante », ajoutant que « la façon de mener l'activité reprochée ne doit pas être abusive » (par. 31). Il a estimé que, en l'espèce, le sergent Boyd avait validement exercé son pouvoir. Les policiers agissaient dans le cadre général

Sgt. Boyd acted reasonably in the circumstances in pushing the door open further to see what he was hiding. Furthermore, no other action would have been appropriate, as it was too late to simply retreat or issue a noise violation ticket.

[16] MacDonald C.J.N.S. upheld the convictions under ss. 86 and 88, but overturned the one under s. 95. On the latter conviction, he acknowledged that pursuant to s. 17 of the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, Mr. MacDonald's licence did not extend to his Halifax residence. However, he found that Mr. MacDonald should be acquitted on the basis of an honest but mistaken belief that it did extend to the unit. For the majority, this belief was a mistake of *fact* which negated the *mens rea* of the s. 95 offence. The Crown had to prove that Mr. MacDonald knew or was wilfully blind to the fact that his possession was unauthorized. It had failed to do so, as Mr. MacDonald genuinely believed that he was authorized to possess the firearm in the unit. MacDonald C.J.N.S. accordingly set aside the verdict and substituted an acquittal on the s. 95 charge.

[17] Finally, the majority reassessed the fitness of Mr. MacDonald's sentences for the convictions under ss. 86 and 88. The majority found that a review of these sentences was warranted because, rather than conducting an independent analysis for each offence, the trial judge had considered the incident globally. Because they had set aside the conviction under s. 95, they found it necessary to scrutinize the dispositions for the other convictions.

[18] MacDonald C.J.N.S. found the three-year sentence for the conviction under s. 88 to be too harsh, since Mr. MacDonald's actions "did not involve

de leurs pouvoirs en se rendant chez M. MacDonald pour répondre à une plainte de bruit. Dans les circonstances, le sergent Boyd n'avait pas agi de manière abusive en ouvrant la porte un peu plus pour voir ce que cachait M. MacDonald. En outre, aucune autre mesure n'aurait été appropriée car il était trop tard pour que le policier puisse simplement se retirer ou donner une contravention pour bruit excessif.

[16] Toutefois, le juge en chef MacDonald a maintenu les déclarations de culpabilité fondées sur les art. 86 et 88, mais a annulé celle fondée sur l'art. 95. En ce qui a trait à cette dernière déclaration de culpabilité, il a reconnu qu'aux termes de l'art. 17 de la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39, le permis de M. MacDonald n'était pas valide à sa résidence de Halifax. Les juges majoritaires ont toutefois conclu que M. MacDonald devait être acquitté au motif qu'il croyait honnêtement, quoiqu'à tort, que son permis était valide à son unité. Selon les juges majoritaires, cette croyance constituait une erreur de *fait* annulant la *mens rea* de l'infraction prévue à l'art. 95. Le ministère public devait prouver que M. MacDonald savait — ou avait ignoré volontairement le fait — qu'il n'était pas autorisé à garder son arme dans ce lieu. Il n'y était pas parvenu puisque M. MacDonald croyait sincèrement être autorisé à posséder l'arme à feu dans l'unité. Par conséquent, les juges majoritaires ont annulé le verdict et ordonné un acquittement relativement à l'accusation fondée sur l'art. 95.

[17] Enfin, les juges majoritaires ont réexaminé la justesse des peines imposées à M. MacDonald pour les infractions prévues aux art. 86 et 88. Selon eux, l'examen de ces peines s'imposait parce que le juge du procès n'avait pas analysé séparément chaque infraction mais avait plutôt considéré l'incident globalement. Puisqu'ils avaient annulé la déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 95, il devenait nécessaire à leur avis d'examiner de plus près les décisions relatives aux autres déclarations de culpabilité.

[18] Le juge en chef MacDonald a estimé que la peine de trois ans d'emprisonnement relative à la déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 88

the more typical scenario such as a highly volatile public confrontation or a dangerous domestic dispute” and since “the gun was neither fired, nor . . . intentionally pointed” (para. 117). He reviewed a number of cases which suggested that three years was outside the sentencing range for this offence. He found the sentence to be demonstrably unfit and concluded:

Considering the principles of sentencing, the circumstances of this offence and Mr. MacDonald’s individual circumstances, particularly his positive presentence report and his previous unblemished record, in my view a sentence of time served would be appropriate. This would represent 18 days in custody (considering the 2 days following his arrest, his release on his own recognizance and then the 16 days between his sentencing and his release on bail pending appeal). [para. 123]

[19] As for the sentence for the conviction under s. 86, the majority found the imposition of the maximum two-year sentence to be unduly harsh in comparison with other cases. They held this sentence to be demonstrably unfit and imposed a sentence of 14 days concurrent with the sentence imposed for the s. 88 offence.

[20] Finally, MacDonald C.J.N.S. ordered a two-year term of probation, a prohibition on possession of weapons for five years, and forfeiture of the firearm.

[21] Beveridge J.A., in dissent, held that Sgt. Boyd had infringed Mr. MacDonald’s right under s. 8 of the *Charter* by pushing the door to the unit open further and extending his hand into Mr. MacDonald’s home. In Beveridge J.A.’s view, the authority of the police to enter an individual’s home for the purpose of ensuring officer safety did not apply in the circumstances of this case:

était trop sévère car les actes de M. MacDonald [TRADUCTION] « ne comportaient pas un scénario plus typique, par exemple un affrontement public explosif ou une querelle conjugale dangereuse », et que « [ce dernier] n’a[vait] tiré aucun coup de feu ni [. . .] intentionnellement pointé l’arme » (par. 117). Le juge en chef a examiné un certain nombre de décisions indiquant qu’une peine de trois ans d’emprisonnement excédait la gamme des peines infligées pour cette infraction. Estimant que la peine était manifestement inappropriée, il a conclu en ces termes :

[TRADUCTION] Compte tenu des principes de détermination de la peine, des circonstances liées à la perpétration de l’infraction et de la situation de M. MacDonald, en particulier son rapport présentenciel favorable et son casier judiciaire vierge, j’estime qu’une peine correspondant à la période de détention purgée serait appropriée. Cela représenterait 18 jours de détention (vu les 2 jours passés en détention suivant son arrestation, sa mise en liberté sur son propre engagement et les 16 jours passés en détention entre la détermination de sa peine et sa mise en liberté sous caution en attendant l’issue de l’appel). [par. 123]

[19] Au sujet de la peine relative à la déclaration de culpabilité fondée sur l’art. 86, les juges majoritaires ont conclu que la peine maximale de deux ans d’emprisonnement était trop sévère par rapport aux peines infligées dans les cas semblables. À leur avis, la peine de deux ans d’emprisonnement était manifestement inappropriée. La cour a alors imposé une peine de 14 jours, concurrente à la peine relative à l’infraction prévue à l’art. 88.

[20] Enfin, le juge en chef MacDonald a ordonné une période de probation de deux ans, une interdiction de posséder des armes pendant une période de cinq ans et la confiscation de l’arme à feu.

[21] Le juge Beveridge, dissident, a conclu qu’en ouvrant un peu plus la porte de l’unité et en passant sa main dans l’ouverture, le sergent Boyd avait violé le droit garanti à M. MacDonald par l’art. 8 de la *Charte*. À son avis, les policiers ne détenaient pas, dans les circonstances, le pouvoir d’entrer dans la résidence d’un particulier pour assurer leur sécurité :

While I have no difficulty with the premise that the officers were lawfully present and carrying out their duties, they did not acquire any power to intrude into [Mr. MacDonald's] home as a result of Sgt. Boyd's concern that [he] was concealing something. Sergeant Boyd never suggested that he suspected, let alone had reasonable grounds to believe, that it was a firearm. He said it was something black and shiny. At best he said he "thought he might have a weapon in his hand". In my view, this is more akin to hunch or suspicion than reasonable grounds to believe. In fact, the trial judge made no finding that reasonable grounds existed. Despite ample opportunity to give evidence that he did, Sgt. Boyd said no such thing.

The issue is not whether Sgt. Boyd acted reasonably in pushing open the door. The issue is did he have lawful authority to do so. That would only materialize if he had reasonable grounds to believe that his safety, or the safety of others, was at risk and his search in pushing open the door was reasonably necessary in the circumstances.

Absent a new-found power to enter a private dwelling based on a suspicion that officer safety concerns are triggered, the conclusion is inescapable that [Mr. MacDonald's] reasonable expectation of privacy protected by s. 8 of the *Charter* was infringed or denied. [paras. 156 and 173-74]

[22] In light of all the circumstances, Beveridge J.A. would have excluded the firearm as evidence at trial, because its admission would bring the administration of justice into disrepute. He would accordingly have set aside the convictions and directed acquittals on all three of the charges.

#### IV. Analysis

##### A. *Issues*

[23] This case raises three issues, which I will discuss in turn:

1. Was Mr. MacDonald's right under s. 8 of the *Charter* to be free from unreasonable search

[TRADUCTION] Bien que j'accepte sans difficulté la prémisse selon laquelle les policiers se trouvaient sur les lieux légalement et accomplissaient leur devoir, cela ne leur donnait pas le pouvoir d'entrer chez [M. MacDonald] parce que le sergent Boyd craignait que [celui-ci] dissimule quelque chose. Le sergent Boyd n'a jamais laissé entendre qu'il soupçonnait, et encore moins qu'il avait des motifs raisonnables de croire, qu'il s'agissait d'une arme à feu. Il a dit avoir vu quelque chose de noir et brillant. Tout au plus, il a dit qu'il « pensait qu'il pouvait tenir une arme à la main ». À mon avis, cela ressemble davantage à une intuition ou à un soupçon qu'à des motifs raisonnables de croire. En fait, le juge du procès n'a aucunement conclu à l'existence de motifs raisonnables. Même s'il a eu amplement l'occasion de le faire, le sergent Boyd n'a pas témoigné qu'il avait des motifs raisonnables de croire que [M. MacDonald] tenait une arme.

La question n'est pas de savoir si le sergent Boyd a agi raisonnablement en poussant la porte, mais s'il était légalement autorisé à le faire. Ce serait le cas seulement s'il avait des motifs raisonnables de croire que sa sécurité, ou celle d'autrui, était menacée, et si la fouille qu'il a effectuée en poussant la porte était raisonnablement nécessaire dans les circonstances.

En l'absence d'un nouveau pouvoir d'entrer dans une habitation privée sur le fondement de soupçons que la sécurité du policier soit menacée, il faut inévitablement conclure qu'il y a eu violation de l'attente raisonnable de [M. MacDonald] en matière de vie privée garantie par l'art. 8 de la *Charte*. [par. 156 et 173-174]

[22] Compte tenu de l'ensemble des circonstances, le juge Beveridge aurait exclu l'arme à feu de la preuve au procès au motif que son utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, il aurait annulé les déclarations de culpabilité et ordonné l'acquiescement relativement aux trois chefs d'accusation.

#### IV. Analyse

##### A. *Questions en litige*

[23] La présente affaire soulève trois questions que j'examinerai successivement :

1. Le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti à



and seizure violated and, if so, what is the appropriate remedy?

2. Does the *mens rea* of the offence provided for in s. 95(1) of the *Code* include knowledge that one's licence does not extend to the place where the firearm is possessed?
3. Should the sentences imposed by the Court of Appeal for the convictions under ss. 86(1) and 88(1) be varied?

B. *Mr. MacDonald's Charter Challenge*

[24] Mr. MacDonald's central argument is that Sgt. Boyd's action of pushing the door open further constituted an unreasonable search, contrary to s. 8 of the *Charter*. He submits that the evidence obtained by the police as a result of the search — namely the firearm — ought to be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, as its admission would bring the administration of justice into disrepute. I cannot accept this argument. As I will explain, although Sgt. Boyd's action constituted a "search" for the purposes of s. 8 of the *Charter*, that search was not unreasonable.

(1) Did Sgt. Boyd's Action Constitute a Search?

[25] *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, is a leading case on what constitutes a "search" for the purposes of s. 8. The facts of that case were not dissimilar to those of the instant case in that the search was carried out by police at the doorstep of the accused person's home. Sopinka J. laid down the following test for determining whether a police action constitutes a "search":

... it is only where a person's reasonable expectations of privacy are somehow diminished by an investigatory technique that s. 8 of the *Charter* comes into play. As a result, not every form of examination conducted by the government will constitute a "search" for constitutional purposes. On the contrary, only where those state examinations constitute an intrusion upon some

M. MacDonald par l'art. 8 de la *Charte* a-t-il été violé et, dans l'affirmative, quelle réparation convient-il d'accorder?

2. La *mens rea* de l'infraction prévue au par. 95(1) du *Code* comporte-t-elle la connaissance du caractère inapplicable du permis dans le lieu où l'accusé possède l'arme à feu?
3. Les peines infligées par la Cour d'appel relativement aux infractions visées aux par. 86(1) et 88(1) devraient-elles être modifiées?

B. *La contestation de M. MacDonald fondée sur la Charte*

[24] Monsieur MacDonald plaide principalement que le fait que le sergent Boyd ait poussé la porte un peu plus loin avec sa main constitue une fouille abusive contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Il prétend que la preuve ultérieurement obtenue par la police — en l'occurrence l'arme à feu — devrait être exclue en application du par. 24(2) de la *Charte*, puisque son utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Je ne puis accepter cet argument. Comme je l'expliquerai, même si l'intervention du sergent Boyd constituait une « fouille » au sens de l'art. 8 de la *Charte*, cette fouille n'était pas abusive.

(1) L'intervention du sergent Boyd constituait-elle une fouille?

[25] L'arrêt *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, est un arrêt de principe relativement à ce qui constitue une « fouille » au sens de l'art. 8. Cet arrêt présentait des faits similaires à ceux de l'espèce dans la mesure où la fouille avait été effectuée par un policier à la porte de la maison de l'accusé. À cette occasion, le juge Sopinka a énoncé le critère suivant pour déterminer si une intervention policière constitue une « fouille » :

... ce n'est que lorsque les attentes raisonnables d'une personne en matière de vie privée sont affectées d'une manière ou d'une autre par une technique d'enquête que l'art. 8 de la *Charte* entre en jeu. Par conséquent, tout type d'enquête gouvernementale ne constituera pas forcément, sur le plan constitutionnel, une « fouille ou perquisition ». Au contraire, ce n'est que lorsque les enquêtes de l'État

reasonable privacy interest of individuals does the government action in question constitute a “search” within the meaning of s. 8. [Emphasis added; para. 11.]

In other words, a s. 8 search “may be defined as the state invasion of a reasonable expectation of privacy” (*R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569, at para. 8).

[26] There is no question that individuals have a reasonable, indeed a strong, expectation of privacy in their homes (*R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, at para. 19; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297), as well as in the approaches to their homes (*Evans*, at para. 21). However, *Evans* also established that the police have an implied licence to approach the door of a residence and knock. Doing so will not be considered an invasion of privacy constituting a search if the purpose of the police is to communicate with the occupant. But “[w]here the conduct of the police . . . goes beyond that which is permitted by the implied licence to knock, the implied ‘conditions’ of that licence have effectively been breached, and the person carrying out the unauthorized activity approaches the dwelling as an intruder” (*Evans*, at para. 15). In such circumstances, the police action constitutes a “search”.

[27] Initially, Sgt. Boyd’s actions were compatible with the implied licence to knock. He approached Mr. MacDonald’s door, knocked on it and kicked it for the purpose of communicating to the occupant that he needed to turn his music down. After Mr. MacDonald had opened the door, however, Sgt. Boyd’s purpose in pushing it open further was to get a better view of what was in his hand (*A.R.*, at pp. 168-69). Simply put, Mr. MacDonald’s implied waiver of his privacy rights did not extend that far. Speaking or shouting through the door or knocking on it falls within the waiver; pushing it open further does not. Sgt. Boyd’s action of pushing the door open further constituted an intrusion upon Mr. MacDonald’s reasonable privacy interest in his dwelling.

empiètent sur un droit raisonnable des particuliers à la vie privée que l’action gouvernementale en cause constitue une « fouille ou perquisition » au sens de l’art. 8. [Je souligne; par. 11.]

Autrement dit, une fouille au sens de l’art. 8 est « une atteinte de l’État à une attente raisonnable en matière de vie privée » (*R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569, par. 8).

[26] Il ne fait aucun doute qu’un particulier a, dans sa résidence, une attente raisonnable, voire considérable, en matière de vie privée (*R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, par. 19; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297), ainsi qu’aux abords de sa résidence (*Evans*, par. 21). Cependant, l’arrêt *Evans* a aussi établi que les policiers sont implicitement autorisés à s’approcher de la porte d’une résidence et à y frapper. L’intervention des policiers ne sera pas considérée comme une atteinte à la vie privée assimilable à une fouille si leur but demeure de communiquer avec l’occupant. Toutefois, « [l]orsque la conduite des policiers [. . .] va au-delà de ce qui est permis en vertu de l’autorisation implicite de frapper à la porte, les “conditions” implicites de cette autorisation sont effectivement violées et l’auteur de l’activité non autorisée qui s’approche de la maison devient un intrus » (*Evans*, par. 15). Dans une telle situation, l’intervention policière constitue une « fouille ».

[27] Au départ, la conduite du sergent Boyd était conforme à l’autorisation implicite de frapper à la porte. Il s’est approché de la porte de M. MacDonald, a frappé et a donné un coup de pied dans celle-ci dans le but d’informer l’occupant qu’il devait baisser le son de sa musique. Toutefois, après que M. MacDonald eut ouvert la porte, le sergent Boyd voulait, en ouvrant la porte un peu plus, voir mieux ce que M. MacDonald tenait dans sa main (*d.a.*, p. 168-169). Plus simplement, la renonciation implicite de M. MacDonald à son droit au respect de sa vie privée n’allait pas jusque-là. Cette renonciation permet au policier de parler ou de crier à travers la porte, ou même d’y frapper, mais pas de la pousser pour l’ouvrir. En poussant la porte pour l’ouvrir davantage, le sergent Boyd a porté atteinte à l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée de M. MacDonald dans sa demeure.

[28] Having found that the police action constituted a search of Mr. MacDonald's home, I must now consider whether that search was unreasonable, and therefore in violation of s. 8 of the *Charter*. At this stage, because the search was warrantless, the Crown has the burden of showing that it was reasonable (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278).

(2) Was the Search Unreasonable?

[29] The framework for scrutinizing warrantless searches for *Charter* compliance was summarized by this Court in *Mann*:

[Warrantless] searches are presumed to be unreasonable unless they can be justified, and hence found reasonable, pursuant to the test established in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. Under *Collins*, warrantless searches are deemed reasonable if (a) they are authorized by law, (b) the law itself is reasonable, and (c) the manner in which the search was carried out was also reasonable (p. 278). The Crown bears the burden of demonstrating, on the balance of probabilities, that the warrantless search was authorized by a reasonable law and carried out in a reasonable manner: *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631, 2003 SCC 30, at para. 32. [para. 36]

[30] Applying the *Collins* test to the facts of the instant case, I find that the search carried out by Sgt. Boyd was reasonable.

(a) *The Search Was Authorized by Law and the Law Itself Is Reasonable*

[31] Where the first prong of the *Collins* test is concerned, a search will be authorized by law if it is authorized by a valid police power. In *Godoy*, Lamer C.J. affirmed that the police have a common law duty to protect life and safety. Nevertheless, “[p]olice powers and police duties are not necessarily correlative” (*Mann*, at para. 35). Indeed, the police power to search is not unlimited. This power is constrained by a requirement of objectively verifiable necessity (para. 26). In *Mann*, Iacobucci J. accepted the need for a general police power to conduct pat-down searches, but solely in appropriate circumstances. He was mindful of the risks of abuse of such a power, as he observed that

[28] Ayant conclu que l'action policière constituait une fouille de la demeure de M. MacDonald, je dois maintenant examiner si cette fouille était abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte*. À cette étape, parce que la fouille n'était pas autorisée par un mandat, le ministère public doit démontrer qu'elle n'était pas abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278).

(2) La fouille était-elle abusive?

[29] Dans l'arrêt *Mann*, la Cour a résumé le cadre permettant de déterminer si les fouilles sans mandat sont conformes à la *Charte* :

[Les] fouilles [sans mandat] sont présumées abusives à moins qu'elles puissent être justifiées et, partant, jugées non abusives conformément au critère établi dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. D'après cet arrêt, une fouille sans mandat est réputée non abusive lorsque les conditions suivantes sont réunies : a) elle est autorisée par la loi; b) la loi elle-même n'a rien d'abusif; c) la fouille n'a pas non plus été effectuée de manière abusive (p. 278). Il incombe au ministère public d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la fouille effectuée sans mandat était autorisée par une loi non abusive et qu'elle n'a pas été effectuée de manière abusive : *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, 2003 CSC 30, par. 32. [par. 36]

[30] En appliquant le critère énoncé dans l'arrêt *Collins* aux faits de l'espèce, j'estime que la fouille effectuée par le sergent Boyd n'était pas abusive.

a) *La fouille était autorisée par une règle de droit qui n'avait elle-même rien d'abusif*

[31] Suivant le premier volet du critère énoncé dans *Collins*, la fouille est autorisée par une règle de droit si l'exercice d'un pouvoir policier valide le permet. Dans *Godoy*, le juge en chef Lamer a confirmé que la common law imposait au policier un devoir de protéger la vie et la sécurité. Cependant, « [i]l n'y a pas nécessairement correspondance entre les pouvoirs dont disposent les policiers et les devoirs qui leur incombent » (*Mann*, par. 35). En fait, le pouvoir des policiers de procéder à une fouille n'est pas absolu. Il ne peut être exercé qu'en cas de nécessité objectivement vérifiable (par. 26). Dans *Mann*, le juge Iacobucci a reconnu la nécessité d'un pouvoir général des policiers de procéder

“[s]uch a search power does not exist as a matter of course: the officer must believe on reasonable grounds that his or her own safety, or the safety of others, is at risk” (para. 40).

[32] A search that is reasonably necessary to eliminate threats to the safety of the public or the police — which I will term a “safety search” — will generally be conducted by the police as a reactionary measure. In other words, although such searches may arise in a wide variety of contexts, they will generally be unplanned, as they will be carried out in response to dangerous situations created by individuals, to which the police must react “on the sudden”. Binnie J.’s observation in *A.M.* in relation to sniffer-dog searches that “the police are generally required to take quick action guided by on-the-spot observations” (at para. 90) is equally applicable to safety searches. Thus, safety searches will typically be warrantless, as the police will generally not have sufficient time to obtain prior judicial authorization for them. In a sense, such searches are driven by exigent circumstances. Even if exigent circumstances exist, however, “safety searches” must be authorized by law.

[33] In arguing that Sgt. Boyd’s search was authorized by law, the Crown relies on the test from *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.), as set out by this Court in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2. It will be recalled that in *Waterfield*, two police officers had attempted to detain *personal property* (a car) belonging to the accused. The court set down a two-part test to determine whether the officers were *acting in the execution of their duties* when they sought to stop the accused from removing his property. As Professor P. Healy notes, the *Waterfield* test served in *Dedman*, as in earlier Canadian cases in which it had been applied (*R. v. Stenning*, [1970] S.C.R. 631, and *Knowlton v. The Queen*, [1974] S.C.R. 443), to mark “the limits of liability when there [was] some question whether

à des fouilles par palpation, mais seulement si les circonstances le justifient. Il est demeuré conscient des risques d’abus de ce pouvoir. Il a d’ailleurs fait les remarques suivantes : « Un tel pouvoir de fouille n’existe pas de manière autonome; le policier doit croire, pour des motifs raisonnables, que sa propre sécurité ou celle d’autrui est menacée » (par. 40).

[32] Une fouille policière raisonnablement nécessaire pour éliminer les menaces à la sécurité du public ou du policier — que j’appellerai une « fouille de sécurité » — est généralement menée en réaction à une menace. C’est-à-dire que, même si de telles fouilles peuvent être effectuées dans toutes sortes de situations, elles sont généralement imprévues parce qu’elles constituent une réponse à une situation dangereuse créée par une personne, situation à laquelle les policiers doivent réagir « sous l’impulsion du moment ». Le propos du juge Binnie dans l’arrêt *A.M.* relativement aux fouilles effectuées avec des chiens renifleurs, selon lequel « les policiers sont généralement obligés de prendre rapidement des mesures en fonction des observations faites sur place » (par. 90), s’applique également aux fouilles de sécurité. Ces fouilles sont donc habituellement effectuées sans mandat, car les policiers n’ont généralement pas le temps d’obtenir une autorisation judiciaire préalable. Elles procèdent en quelque sorte d’une situation d’urgence. Malgré cette situation d’urgence, les « fouilles de sécurité » doivent néanmoins être autorisées par une règle de droit.

[33] En plaidant que la fouille effectuée par le sergent Boyd était autorisée par une règle de droit, le ministère public s’appuie sur le critère établi dans l’arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.A.C.), et énoncé par notre Cour dans *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2. Il convient de rappeler que dans *Waterfield*, deux policiers avaient essayé de détenir un *bien personnel* (une automobile) appartenant à l’accusé. La cour a établi un critère à deux volets pour déterminer si les policiers *agissaient dans l’exercice de leurs fonctions* lorsqu’ils avaient tenté d’empêcher l’accusé de déplacer le bien lui appartenant. Comme le souligne le professeur P. Healy, le critère proposé dans *Waterfield* a servi, dans *Dedman* et dans les premières décisions canadiennes l’ayant appliqué (*R. c. Stenning*, [1970]

a police officer [had] acted in the execution of his or her duty”: “Investigative Detention in Canada”, [2005] *Crim. L.R.* 98, at p. 102. It was of assistance in the determination of whether a police officer who had been assaulted was acting as an officer at the time of the assault, in which case the accused would be guilty of assaulting a police officer and not a regular citizen. *Waterfield* is therefore an imperfect authority on the question whether police have a *common law power* to search an *individual* in a safety search.

[34] Instead, we must consider this Court’s jurisprudence. This Court has elaborated on and applied the two-step *Waterfield* test in a variety of contexts comparable to safety searches in assessing whether an action constituting *prima facie* infringement of an individual’s liberty falls within an officer’s power (*Dedman* and *Mann*).

[35] At the first stage of the *Waterfield* test, the court must ask whether the action falls within the general scope of a police duty imposed by statute or recognized at common law. For safety searches, the requirement at this first stage of the analysis is easily satisfied. In the case at bar, the police action falls within the general scope of the common law police duty to protect life and safety that I mentioned above. This duty is well established (*Mann*, at para. 38; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725, at paras. 20-21; *Dedman*).

[36] At the second stage, if the answer at the first is affirmative, as it is in this case, the court must inquire into whether the action constitutes a justifiable exercise of powers associated with the duty. As this Court held in *Dedman*,

[t]he interference with liberty must be necessary for the carrying out of the particular police duty and it must be reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference. [Emphasis added; p. 35.]

R.C.S. 631, et *Knowlton c. La Reine*, [1974] R.C.S. 443), à établir [TRADUCTION] « le cadre de la responsabilité applicable lorsqu’il s’agi[ssait] de déterminer si un policier a[va]it agi dans l’exercice de ses fonctions » : « Investigative Detention in Canada », [2005] *Crim. L.R.* 98, p. 102. Ce critère aidait à déterminer si un policier victime d’une agression agissait, au moment de l’agression, à titre de policier, et si l’accusé s’était donc rendu coupable de voies de fait à l’endroit d’un policier plutôt qu’à l’endroit d’un citoyen ordinaire. L’arrêt *Waterfield* ne répond donc pas parfaitement à la question de savoir si les policiers ont le *pouvoir en common law* d’effectuer des fouilles de sécurité touchant des *personnes*.

[34] Tournons-nous plutôt vers notre jurisprudence. Notre Cour a précisé et appliqué le critère à deux volets de l’arrêt *Waterfield* dans des contextes divers, comparables à celui des fouilles de sécurité, afin de déterminer si le pouvoir des policiers englobait une conduite constituant à première vue une atteinte à la liberté d’une personne (*Dedman* et *Mann*).

[35] Pour satisfaire au premier volet du critère établi dans l’arrêt *Waterfield*, le tribunal doit se demander si la conduite s’inscrit dans le cadre général d’un devoir incombant aux policiers aux termes d’un texte de loi ou de la common law. Dans le cas des fouilles de sécurité, il est facile de satisfaire à ce premier volet du critère. Comme nous l’avons vu, la conduite des policiers en l’espèce s’inscrit dans le cadre général du devoir qu’ont les policiers en common law de protéger la vie et la sécurité. Ce devoir est bien établi (*Mann*, par. 38; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725, par. 20-21; *Dedman*).

[36] Ensuite, si la réponse à la première question est affirmative, comme en l’espèce, le tribunal doit se demander si la conduite constitue un exercice justifiable des pouvoirs afférents à ce devoir. Comme la Cour l’a affirmé dans *Dedman* :

L’atteinte à la liberté doit être nécessaire à l’accomplissement du devoir particulier de la police et elle doit être raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l’importance de l’objet public poursuivi par cette atteinte. [Je souligne; p. 35.]

Thus, for the infringement to be justified, the police action must be *reasonably necessary* for the carrying out of the particular duty in light of all the circumstances (*Mann*, at para. 39; *Clayton*, at paras. 21 and 29).

[37] To determine whether a safety search is reasonably necessary, and therefore justifiable, a number of factors must be weighed to balance the police duty against the liberty interest in question. These factors include:

1. the importance of the performance of the duty to the public good (*Mann*, at para. 39);
2. the necessity of the interference with individual liberty for the performance of the duty (*Dedman*, at p. 35; *Clayton*, at paras. 21, 26 and 31); and
3. the extent of the interference with individual liberty (*Dedman*, at p. 35).

If these three factors, weighed together, lead to the conclusion that the police action was reasonably necessary, then the action in question will not constitute an “unjustifiable use” of police powers (*Dedman*, at p. 36). If the requirements of both stages of the *Waterfield* test are satisfied, the court will then be able to conclude that the search in question was authorized by law.

[38] As can be seen, the *Dedman-Mann* line of cases does not stand for the proposition that all acts related to an officer’s duties are authorized by law. Quite the opposite, only such acts as are reasonably necessary for the performance of an officer’s duties can be considered, in the appropriate circumstances, to be so authorized. The English Court of Appeal was clear on this point in *Waterfield*, in a passage quoted by this Court in *Dedman*:

Thus, while it is no doubt right to say in general terms that police constables have a duty to prevent crime and a duty, when crime is committed, to bring the offender to justice, it is also clear from the decided cases that

Ainsi, pour que l’atteinte soit justifiable, la conduite des policiers doit, eu égard à l’ensemble des circonstances, être *raisonnablement nécessaire* à l’accomplissement du devoir en question (*Mann*, par. 39; *Clayton*, par. 21 et 29).

[37] Pour déterminer si une fouille de sécurité est raisonnablement nécessaire, et donc justifiable, un certain nombre de facteurs sont pris en considération pour mettre en équilibre le devoir des policiers et le droit à la liberté en cause. Ces facteurs englobent les suivants :

1. l’importance que présente l’accomplissement de ce devoir pour l’intérêt public (*Mann*, par. 39);
2. la nécessité de l’atteinte à la liberté individuelle pour l’accomplissement de ce devoir (*Dedman*, p. 35; *Clayton*, par. 21, 26 et 31);
3. l’ampleur de l’atteinte à la liberté individuelle (*Dedman*, p. 35).

Si ces trois facteurs, examinés globalement, indiquent que l’intervention policière en cause était raisonnablement nécessaire, la conduite en question ne constituera pas un « emploi injustifiable » d’un pouvoir de la police (*Dedman*, p. 36). Si les deux volets du critère de l’arrêt *Waterfield* sont respectés, le tribunal sera alors en mesure de conclure que la fouille en cause était autorisée par une règle de droit.

[38] Ainsi, le courant jurisprudentiel découlant des arrêts *Dedman* et *Mann* ne permet pas d’affirmer que toute conduite découlant de l’accomplissement des devoirs d’un policier est autorisée par une règle de droit. Bien au contraire, seuls les actes raisonnablement nécessaires à l’accomplissement de tels devoirs peuvent être considérés, si les circonstances s’y prêtent, comme étant autorisés par une règle de droit. La Cour d’appel d’Angleterre a été claire sur ce point dans *Waterfield*, dans un passage cité par notre Cour dans l’arrêt *Dedman* :

[TRADUCTION] Ainsi, comme on peut affirmer en termes généraux que les agents de police ont le devoir d’empêcher le crime et le devoir, lorsque le crime a été perpétré, de traduire le délinquant en justice, il est également

when the execution of these general duties involves interference with the person or property of a private person, the powers of constables are not unlimited. [Emphasis added; p. 33.]

Likewise, Dickson J., in a powerful dissent in the *Wiretap Reference*, [1984] 2 S.C.R. 697, stressed the critical importance of a narrow reading of the *Waterfield* test:

The fact that police officers could be described as acting within the general scope of their duties to investigate crime cannot empower them to violate the law whenever such conduct could be justified by the public interest in law enforcement. Any such principle would be nothing short of a fiat for illegality on the part of the police whenever the benefit of police action appeared to outweigh the infringement of an individual's rights. [pp. 718-19]

Such restraints on safety searches are particularly important in the context of a search in a private home, as in the case at bar, which concerns a serious invasion of Mr. MacDonald's privacy in his home. Moreover, safety searches can often give the police access to a considerable amount of very sensitive personal information.

[39] With this clarification in mind, we must sensitively weigh the factors of the second stage of the *Dedman-Mann* test. The factors assist both in determining whether a police power exists and in defining the limits of that power:

1. Importance of the duty: No one can reasonably dispute that the duty to protect life and safety is of the utmost importance to the public good and that, in some circumstances, some interference with individual liberty is necessary to carry out that duty.
2. Necessity of the infringement for the performance of the duty: When the performance of a police duty requires an officer to interact with an individual who they have reasonable

évident, selon la jurisprudence, que, lorsque l'accomplissement de ces devoirs généraux comporte des atteintes à la personne ou aux biens d'un particulier, les pouvoirs des policiers ne sont pas illimités. [Je souligne; p. 33.]

De même, dans la forte dissidence qu'il a exprimée dans le *Renvoi sur l'écoute électronique*, [1984] 2 R.C.S. 697, le juge Dickson a insisté sur l'importance cruciale d'interpréter restrictivement le critère de l'arrêt *Waterfield* :

Même si on peut prétendre qu'un policier agit dans le cadre général de son devoir d'enquêter sur le crime, cela ne l'autorise pas à violer la loi chaque fois que cela pourrait se justifier par l'intérêt public à ce que la loi soit appliquée. Tout principe de ce genre ne constituerait rien de moins qu'une autorisation donnée à la police de commettre des actes illégaux dès lors que les avantages de ces actes semblent l'emporter sur les inconvénients qu'entraînerait la violation des droits d'une personne. [p. 718-719]

De telles limites à l'égard des fouilles de sécurité sont particulièrement importantes lorsque la fouille est effectuée dans une résidence privée, comme en l'espèce, où est survenue une atteinte grave à l'intimité du foyer de M. MacDonald. De plus, de telles fouilles peuvent souvent permettre à la police d'obtenir de nombreux renseignements personnels très délicats.

[39] En gardant ces éclaircissements à l'esprit, nous devons soupeser judicieusement les facteurs à prendre en considération pour l'application du deuxième volet du critère des arrêts *Dedman* et *Mann*. Ces facteurs aident non seulement à déterminer s'il existe un pouvoir policier, mais aussi à définir les limites de ce pouvoir :

1. Importance du devoir : Nul ne peut raisonnablement contester que le devoir de protéger la vie et la sécurité est de la plus haute importance pour l'intérêt public, et qu'il peut être nécessaire que le policier, dans certaines circonstances, porte atteinte à la liberté individuelle pour s'acquitter de ce devoir.
2. Nécessité de l'atteinte pour l'accomplissement du devoir : Lorsque l'accomplissement d'un devoir exige d'un policier qu'il traite avec une personne dont il a des motifs raisonnables

grounds to believe is armed and dangerous, an infringement on individual liberty may be necessary.

3. Extent of the infringement: The infringement on individual liberty will be justified only to the extent that it is necessary to search for weapons. Although the specific manner (be it a pat-down, the shining of a flashlight or, as in this case, the further opening of a door) in which a safety search is conducted will vary from case to case, such a search will be lawful only if all aspects of the search serve a protective function. In other words, the authority for the search runs out at the point at which the search for weapons is finished. The premise of the *Collins* test — a warrantless search is presumed to be unreasonable unless it can be justified — must be borne in mind in determining whether the interference with individual liberty involved in a safety search is reasonable.

[40] On balancing these factors, I am convinced that the duty of police officers to protect life and safety may justify the power to conduct a safety search in certain circumstances. At the very least, where a search is reasonably necessary to eliminate an imminent threat to the safety of the public or the police, the police should have the power to conduct the search.

[41] But although I acknowledge the importance of safety searches, I must repeat that the power to carry one out is not unbridled. In my view, the principles laid down in *Mann* and reaffirmed in *Clayton* require the existence of circumstances establishing the necessity of safety searches, reasonably and objectively considered, to address an imminent threat to the safety of the public or the police. Given the high privacy interests at stake in such searches, the search will be authorized by law only if the police officer believes on reasonable grounds that his or her safety is at stake and that, as a result, it is necessary to conduct a search (*Mann*, at para. 40; see also para. 45). The legality of the search therefore turns

de croire qu'elle est armée et dangereuse, une atteinte à la liberté de cette personne peut être nécessaire.

3. Ampleur de l'atteinte : L'atteinte à la liberté d'une personne ne sera justifiée que dans la mesure où elle est nécessaire pour vérifier la présence d'armes. Bien que la manière précise dont la fouille de sécurité est effectuée variera d'une affaire à l'autre (fouille par palpation, utilisation d'une lampe de poche ou, comme en l'espèce, ouverture plus grande d'une porte), une telle fouille ne sera légale que si, sous tous ses aspects, elle exerce une fonction protectrice. Autrement dit, le pouvoir autorisant la fouille s'arrête à partir du moment où l'on ne cherche plus à vérifier la présence d'armes. Dans l'évaluation du caractère raisonnable de l'atteinte à la liberté individuelle dans le cas d'une fouille de sécurité, il faut garder à l'esprit la prémisse sur laquelle repose le critère de l'arrêt *Collins* — une fouille sans mandat est présumée abusive à moins qu'elle puisse être justifiée.

[40] Après avoir soupesé ces facteurs, je suis convaincu que le devoir qu'ont les policiers de protéger la vie et la sécurité peut justifier l'exercice du pouvoir d'effectuer une fouille de sécurité dans certaines circonstances. À tout le moins, lorsqu'une fouille est raisonnablement nécessaire pour éliminer une menace imminente à leur sécurité ou à celle du public, les policiers devraient pouvoir effectuer une telle fouille.

[41] Bien que je reconnaisse l'importance des fouilles de sécurité, je tiens toutefois à répéter que le pouvoir d'effectuer ces fouilles n'est pas absolu. À mon avis, suivant les principes établis dans *Mann* et confirmés dans *Clayton*, les circonstances doivent établir qu'une telle fouille est raisonnablement et objectivement nécessaire pour écarter une menace imminente à la sécurité du public ou des policiers. En raison de l'importance des droits au respect de la vie privée qui sont en jeu, pour être légalement autorisés à effectuer une fouille de sécurité, les policiers doivent croire pour des motifs raisonnables que leur sécurité est menacée et qu'il est donc nécessaire de procéder à une fouille (*Mann*, par. 40; voir aussi par. 45). Pour



on its reasonable, objectively verifiable necessity in the circumstances of the matter (see *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531, at para. 33). As the Court stated in *Mann*, a search cannot be justified on the basis of a vague concern for safety. Rather, for a safety search to be lawful, the officer must act on “reasonable and specific inferences drawn from the known facts of the situation” (*Mann*, at para. 41).

[42] A safety search is a physical search that could uncover a broad array of information about an individual. In the instant case, even though all Sgt. Boyd did was push the door open slightly further, this had the potential to reveal to the officers any number of things about Mr. MacDonald, as they could now see more of the interior of the unit. However, because Sgt. Boyd had reasonable grounds to believe that Mr. MacDonald was armed and dangerous, the further opening of the door was authorized by law.

[43] As for the second prong of the *Collins* test, it cannot be disputed that the lawful authority underlying safety searches outlined above is reasonable. Indeed, the execution of the police duty to protect life and safety lies at the very core of the existence of the police as a social entity. Further, the law will justify the exercise of this police power only if exercising it is *reasonably necessary* in order for the police to conduct the safety search in question (*Clayton*, at paras. 21, 26 and 31). As I explained above, it is only when police officers have reasonable grounds to believe that there is an imminent threat to their safety that it will be reasonably necessary to conduct such a search. This limit guarantees that the lawful police power is not excessively broad. In so doing, it ensures that the law itself is reasonable and can be reasonably delineated.

[44] This common law power to conduct searches for safety purposes is the reasonable lawful authority for the search carried out by Sgt. Boyd. The power was engaged because Sgt. Boyd had reasonable

déterminer si une fouille est légale, il faut donc se demander si elle est raisonnablement nécessaire et si cette nécessité est objectivement vérifiable dans les circonstances (voir *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531, par. 33). Comme la Cour l’a affirmé dans *Mann*, de vagues inquiétudes en matière de sécurité ne sauraient justifier une fouille. Pour effectuer une fouille de sécurité légale, le policier doit plutôt agir à partir d’« inférences raisonnables et précises fondées sur les faits connus se rapportant à la situation » (*Mann*, par. 41).

[42] Les fouilles de sécurité sont des fouilles physiques susceptibles de révéler un large éventail de renseignements sur une personne. En l’espèce, même si le sergent Boyd n’a fait qu’ouvrir la porte un peu plus, ce geste risquait de révéler aux policiers un certain nombre de choses à propos de M. MacDonald, car ils pouvaient alors mieux voir l’intérieur de l’unité. Cependant, comme le sergent Boyd avait des motifs raisonnables de croire que M. MacDonald était armé et dangereux, il était légalement autorisé à ouvrir la porte un peu plus.

[43] Suivant le deuxième volet du critère énoncé dans l’arrêt *Collins*, nul ne peut contester que l’autorisation légale de procéder à une fouille de sécurité n’a rien d’abusif. En fait, l’accomplissement du devoir incombant aux policiers de protéger la vie et la sécurité est au cœur même de l’existence de la police en tant qu’entité sociale. De plus, le droit ne justifie l’accomplissement de ce devoir policier que dans le cas où il est *raisonnablement nécessaire* pour la police d’effectuer la fouille de sécurité en question (*Clayton*, par. 21, 26 et 31). Comme je l’ai expliqué précédemment, il ne sera raisonnablement nécessaire pour les policiers d’effectuer une telle fouille que s’ils ont des motifs raisonnables de croire à l’existence d’une menace imminente pour leur sécurité. Cette restriction garantit que le droit n’étend pas de manière excessive les pouvoirs des policiers. Elle fournit ainsi l’assurance que le droit lui-même n’a rien d’abusif et peut être raisonnablement circonscrit.

[44] Ce pouvoir de common law d’effectuer une fouille de sécurité constitue l’autorisation légale non abusive justifiant la fouille effectuée par le sergent Boyd. Ce pouvoir est en cause parce que

grounds to believe that there was an imminent threat to the safety of the public or the police and that the search was necessary in order to eliminate that threat. More specifically, the trial judge found that Sgt. Boyd had observed the following when Mr. MacDonald answered the door:

1. Mr. MacDonald had his hand behind his leg and was clearly holding an object;
2. what he was holding was “black and shiny” and therefore could have been a weapon; and
3. when twice asked what he had behind his back, he refused to answer or to provide any explanation.

[45] In my opinion, the search conducted by Sgt. Boyd was authorized by law and the law itself, in the form of a well-established common law principle, is reasonable. As I will explain below, the manner in which he carried out the search was also reasonable.

(b) *The Manner in Which the Search Was Carried Out Was Reasonable*

[46] Two aspects of this prong of the *Collins* test must be addressed. First, as we have seen, an officer must have reasonable grounds to believe that there is an imminent threat to the safety of the public or the police before a safety search will be deemed reasonable. I agree that Sgt. Boyd had such grounds in the circumstances of this case.

[47] Second, the actions of the police in conducting the search must be scrutinized to determine whether the search was carried out reasonably. To a certain extent, this analysis relates to the second stage of the *Waterfield* test. If the extent of the infringement is greater than what is required to search for weapons, the search will not be authorized by law. At this point, however, the overall reasonableness of the search must be assessed in light of the totality of the circumstances (*Mann*, at para. 44). It is necessary to consider not only the *extent* of the

le sergent Boyd avait des motifs raisonnables de croire à l’existence d’une menace imminente pour la sécurité du public ou pour celle des policiers et que la fouille était nécessaire pour écarter cette menace. Plus particulièrement, le juge du procès a conclu que le sergent Boyd avait fait les observations suivantes quand M. MacDonald avait ouvert la porte :

1. M. MacDonald cachait sa main derrière sa jambe et, de toute évidence, il tenait un objet;
2. il s’agissait d’un objet « noir et brillant », donc possiblement d’une arme;
3. lorsqu’on lui a demandé à deux reprises ce qu’il tenait derrière son dos, M. MacDonald a refusé de répondre ou de fournir toute autre explication.

[45] À mon avis, la fouille effectuée par le sergent Boyd était autorisée par une règle de droit, en l’occurrence une règle de common law maintenant bien établie, et cette règle de droit n’a rien d’abusif. Comme je l’explique ci-après, la façon dont celui-ci a effectué la fouille n’était pas non plus abusive.

(b) *La façon dont la fouille a été effectuée n’avait rien d’abusif*

[46] Ce volet du critère établi dans l’arrêt *Collins* comporte deux aspects. Premièrement, nous avons vu que l’agent doit avoir des motifs raisonnables de croire à l’existence d’une menace imminente pour sa sécurité ou celle du public avant que l’on puisse conclure au caractère non abusif d’une fouille de sécurité. J’estime que le sergent Boyd avait de tels motifs dans les circonstances de l’espèce.

[47] Deuxièmement, les actes accomplis par les policiers lors de la fouille doivent être attentivement examinés pour déterminer si la fouille a été effectuée de manière non abusive. Dans une certaine mesure, cette analyse concerne le deuxième volet du critère de l’arrêt *Waterfield*. Si l’atteinte est plus importante que ce qui est nécessaire pour vérifier la présence d’armes, la fouille ne sera pas autorisée en droit. À ce stade cependant, il faut examiner le caractère globalement non abusif de la fouille eu égard à l’ensemble des circonstances (*Mann*,

interference, but *how* it was carried out. This inquiry turns on whether the search was minimally intrusive on the privacy interest at stake. In other words, the manner in which the search was carried out must have been reasonably *necessary* to eliminate any threat.

[48] In the instant case, the trial judge found that Sgt. Boyd had, in pushing the door open further, done no more than was necessary to find out what Mr. MacDonald had behind his leg. His action was therefore reasonably necessary in order to determine what was behind Mr. MacDonald's leg and in so doing eliminate any threat to the safety of the public or the police. In fact, one could go further and state that there was no less intrusive way to do so. Sgt. Boyd twice asked Mr. MacDonald what he had in his hand but received no answer. In these circumstances, it is hard to imagine a less invasive way of determining whether Mr. MacDonald was concealing a weapon (and thereby eliminating any threat in that regard).

[49] Indeed, when the officer's evidence is read as a whole, it appears that he had reasonable grounds to believe that Mr. MacDonald had a weapon in his hands. He simply was not sure what kind of weapon it was (see, for example, A.R., at p. 180).

[50] On this basis, Sgt. Boyd's pushing the door to the unit open further constituted a reasonable search. It was authorized by a reasonable law and was carried out in a reasonable manner. It follows that Mr. MacDonald's rights under s. 8 of the *Charter* were not violated. As a result, I need not consider the issue of a remedy under s. 24(2) of the *Charter*.

C. *Appeal of the Acquittal on the Charge Under Section 95 of the Code*

[51] The Crown is appealing Mr. MacDonald's acquittal on the charge under s. 95 of the *Code*.

par. 44). Il est nécessaire d'examiner non seulement l'*ampleur* de l'atteinte, mais également *de quelle façon* la fouille a été effectuée. La question est de savoir si la fouille constitue une atteinte minimale au droit à la protection de la vie privée en jeu. Autrement dit, la façon dont la fouille de sécurité a été effectuée devait être raisonnablement *nécessaire* pour éliminer la menace.

[48] En l'espèce, le juge du procès a conclu qu'en poussant la porte un peu plus loin, le sergent Boyd n'avait fait que ce qui était nécessaire pour trouver ce que M. MacDonald dissimulait derrière sa jambe. Ce geste était donc raisonnablement nécessaire pour découvrir ce qui se trouvait derrière la jambe de M. MacDonald et, partant, éliminer toute menace pour la sécurité du public ou des policiers. En fait, on pourrait même dire qu'il n'y avait pas de façon moins envahissante de le faire. Le sergent Boyd a demandé deux fois à M. MacDonald ce qu'il tenait dans sa main, sans obtenir de réponse. Dans de telles circonstances, il est difficile d'imaginer une façon moins envahissante de déterminer si M. MacDonald cachait une arme (et, par le fait même, d'éliminer toute menace à cet égard).

[49] En fait, si l'on considère l'ensemble du témoignage du policier, il apparaît évident que ce dernier possédait des motifs raisonnables de croire que M. MacDonald tenait une arme dans sa main. Il ne savait tout simplement pas de quel type d'arme il s'agissait (voir, par exemple, d.a., p. 180).

[50] Dans ce contexte, la fouille effectuée dans la résidence de M. MacDonald lorsque le sergent Boyd a poussé la porte un peu plus loin n'était pas abusive. Elle était autorisée par une règle de droit non abusive et a été effectuée de manière non abusive. Par conséquent, il n'y a pas eu violation des droits conférés à M. MacDonald par l'art. 8 de la *Charte*. Il n'est donc pas nécessaire que je me penche sur la question de la réparation fondée sur le par. 24(2) de la *Charte*.

C. *Appel interjeté à l'encontre de l'acquittement sur l'accusation portée en vertu de l'art. 95 du Code*

[51] Le ministère public interjette appel de l'acquittement de M. MacDonald sur l'accusation

It submits that the Court of Appeal erred in interpreting the *mens rea* requirement of the offence of possession of a loaded restricted firearm provided for in s. 95 and imposed a nearly insurmountable burden on the Crown which is inconsistent with the principle that ignorance of the law is no excuse. Mr. MacDonald takes the position that the Court of Appeal correctly interpreted the *mens rea* requirement of that offence and correctly held that the *mens rea* had not been made out. I agree with the Crown that the Court of Appeal made an error in requiring the Crown to prove, in order to secure a conviction under s. 95, that the accused knew his possession and acquisition licence and authorization to transport the firearm did not extend to the place where he unlawfully had it in his possession. As I will explain, such a requirement is inconsistent with the rule, codified in s. 19 of the *Code*, that ignorance of the law is no excuse.

[52] Section 95(1) of the *Code* reads as follows:

**95.** (1) Subject to subsection (3), every person commits an offence who, in any place, possesses a loaded prohibited firearm or restricted firearm, or an unloaded prohibited firearm or restricted firearm together with readily accessible ammunition that is capable of being discharged in the firearm, unless the person is the holder of

(a) an authorization or a licence under which the person may possess the firearm in that place; and

(b) the registration certificate for the firearm.

[53] In this Court, Mr. MacDonald's argument on his conviction under s. 95 relates to the *mens rea* of the offence. He does not dispute that he possessed a loaded restricted firearm in the unit. Nor does Mr. MacDonald deny that he possessed the firearm there without being the holder of an authorization or a licence that entitled him to possess it in that place. Rather, he argues that s. 95 is a *mens rea* offence and that, to secure a conviction, the Crown must show that he knew his possession of the firearm in the unit was unauthorized. This, Mr. MacDonald

portée en vertu de l'art. 95 du *Code*. Il plaide que la Cour d'appel a commis une erreur dans son interprétation de la *mens rea* qu'exige l'infraction de possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée prévue à l'art. 95 et qu'elle lui a imposé un fardeau quasi insurmontable, incompatible avec le principe selon lequel l'ignorance de la loi n'est pas une excuse. Pour sa part, M. MacDonald plaide que la Cour d'appel a correctement interprété la *mens rea* applicable à l'infraction, et qu'elle a eu raison de conclure à l'absence de preuve de la *mens rea*. Je suis d'accord avec le ministère public pour conclure que la Cour d'appel a commis une erreur en l'obligeant à prouver, pour obtenir une déclaration de culpabilité sous le régime de l'art. 95, que l'accusé savait que le permis de possession et d'acquisition de l'arme à feu et l'autorisation de transporter l'arme à feu n'étaient pas valides dans le lieu où il possédait illégalement cette arme. Comme je vais l'expliquer, l'imposition d'une telle exigence contrevient à la règle, codifiée à l'art. 19 du *Code*, selon laquelle l'ignorance de la loi n'est pas une excuse.

[52] Le paragraphe 95(1) du *Code* prévoit ce qui suit :

**95.** (1) Sous réserve du paragraphe (3), commet une infraction quiconque a en sa possession dans un lieu quelconque soit une arme à feu prohibée ou une arme à feu à autorisation restreinte chargées, soit une telle arme non chargée avec des munitions facilement accessibles qui peuvent être utilisées avec celle-ci, sans être titulaire à la fois :

a) d'une autorisation ou d'un permis qui l'y autorise dans ce lieu;

b) du certificat d'enregistrement de l'arme.

[53] L'argument invoqué par M. MacDonald devant la Cour à propos de sa déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 95 porte sur la *mens rea* de l'infraction. Il ne conteste pas avoir eu en sa possession dans son unité une arme à feu à autorisation restreinte chargée. Il ne nie pas non plus qu'il avait l'arme en sa possession dans ce lieu sans être titulaire d'une autorisation ou d'un permis l'autorisant à la posséder dans ce lieu. Il plaide plutôt que l'art. 95 crée une infraction exigeant la *mens rea* et que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, le

says, the Crown failed to do, whereas he testified at trial that he had a subjective belief that the authorization he had obtained in Alberta extended to his condominium in Halifax.

[54] In my view, the offence provided for in s. 95 is a *mens rea* offence. As this Court recognized in *Lévis (City) v. Tétreault*, 2006 SCC 12, [2006] 1 S.C.R. 420, at para. 16, classifying an offence as either a *mens rea* offence, a strict liability offence or an absolute liability offence is a question of statutory interpretation. The Crown agreed at the hearing of this case that the offence at issue is a *mens rea* offence, and in any event, we may validly rely on the presumption that an offence should be classified as a *mens rea* offence where, as here, nothing in the statute indicates a contrary intention (*The Queen v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at pp. 1309-10; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531).

[55] The *mens rea* the Crown is required to prove under s. 95(1) does not, however, include knowledge that possession in the place in question is *unauthorized*. Rather, knowledge that one possesses a loaded restricted firearm, together with an intention to possess the loaded firearm in that place, is enough. An individual who knowingly possesses a loaded restricted firearm in a particular place with an intention to do so will be liable to punishment for the offence provided for in s. 95(1) unless he or she holds an authorization or a licence under which the firearm may be possessed in that place. Thus, a proper authorization or licence serves to negate the *actus reus* of the offence, thereby allowing someone who legitimately possesses a restricted firearm in a given place to avoid liability.

[56] With respect, the Court of Appeal erred in law by improperly reading a defence of ignorance of the law into s. 95(1). In the majority's view, the Crown had to prove that Mr. MacDonald knew or was

ministère public doit prouver qu'il savait qu'il n'était pas autorisé à posséder l'arme à feu dans son unité. Selon lui, le ministère public n'a pas prouvé ce fait car M. MacDonald a affirmé au procès qu'il croyait subjectivement que le permis obtenu en Alberta était aussi valide à son condominium à Halifax.

[54] À mon avis, l'art. 95 crée une infraction exigeant la *mens rea*. Comme la Cour l'a reconnu dans *Lévis (Ville) c. Tétreault*, 2006 CSC 12, [2006] 1 R.C.S. 420, par. 16, le classement d'une infraction dans la catégorie des infractions exigeant la *mens rea*, des infractions de responsabilité stricte ou des infractions de responsabilité absolue, est une question d'interprétation législative. À l'audience, le ministère public a reconnu qu'il s'agit d'une infraction exigeant la *mens rea* et, de toute façon, nous pouvons valablement nous fonder sur la présomption selon laquelle les infractions appartiennent à la catégorie des infractions exigeant la *mens rea* si, tout comme en l'espèce, le texte de loi n'indique pas une intention contraire (*La Reine c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, p. 1309-1310; *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531).

[55] La *mens rea* que doit prouver le ministère public sous le régime du par. 95(1) ne comporte cependant pas comme élément la connaissance que la possession de l'arme au lieu en question n'est pas autorisée. Il suffit de prouver la connaissance de la possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée et l'intention de posséder l'arme chargée dans ce lieu. Si une personne, intentionnellement et en toute connaissance de cause, a en sa possession dans un lieu donné une arme à feu à autorisation restreinte chargée, elle sera passible d'une peine pour l'infraction prévue au par. 95(1) si elle n'est pas titulaire d'une autorisation ou d'un permis qui autorise la possession de cette arme dans ce lieu. Ainsi, l'autorisation ou le permis de possession valide vient annuler l'*actus reus* de l'infraction, ce qui permet à quiconque a la possession légitime d'une arme à feu à autorisation restreinte d'échapper à toute responsabilité.

[56] En toute déférence, la Cour d'appel a commis une erreur de droit en considérant à tort que le par. 95(1) renferme implicitement un moyen de défense fondé sur l'ignorance de la loi. Les juges

wilfully blind to the fact that his possession was unauthorized. Such a burden would compel the Crown to prove that an accused knew the conditions of his or her authorization or licence. This amounts to requiring the Crown to prove that the accused knew the law.

[57] The following example illustrates the point that an error made by an accused in interpreting his or her authorization or licence is a mistake of law and not one of fact. Suppose the *Code* provided that restricted firearms could be possessed only in the province of Alberta, and nowhere else in Canada. Surely, if that were the case, there could be no dispute that Mr. MacDonald's possession of such a firearm in Halifax contravened this rule, and any suggestion that he thought he could lawfully possess it there would have to be considered a mistake of law and would therefore afford no defence to a charge of unlawful possession. For my part, I find no distinction when such a rule is expanded to an individual's authorization and the applicable section of the *Code* merely refers to such a document. Mr. MacDonald's subjective belief that he could possess the firearm in Halifax is therefore nothing other than a mistake of law.

[58] I therefore find that a requirement that an accused knew or was wilfully blind to the fact that his possession was unauthorized would be grounded on the acceptance of mistake of law as a defence to a charge under s. 95(1). It is trite law that, except in the case of an officially induced error, a mistake of law is no defence in our criminal justice system. Section 19 of the *Code* states:

**19.** Ignorance of the law by a person who commits an offence is not an excuse for committing that offence.

majoritaires ont conclu que le ministère public devait prouver que M. MacDonald savait que sa possession n'était pas autorisée ou qu'il avait ignoré volontairement ce fait. L'imposition d'un tel fardeau au ministère public obligerait celui-ci à prouver que l'accusé connaissait les conditions de son autorisation ou son permis. Cela reviendrait à dire que le ministère public doit prouver que l'accusé connaissait la loi.

[57] L'exemple suivant montre que l'erreur que commet un accusé en interprétant son autorisation ou son permis constitue une erreur de droit et non une erreur de fait. Supposons que le *Code* ne permette la possession d'armes à feu à autorisation restreinte qu'en Alberta et nulle part ailleurs au Canada. Certes, si tel était le cas, nul ne pourrait contester que la possession d'une telle arme par M. MacDonald à Halifax contreviendrait à cette règle. L'allégation selon laquelle il croyait pouvoir posséder l'arme légalement dans cette ville devrait être considérée comme une erreur de droit et ne pourrait servir comme moyen de défense à une accusation de possession illégale. Quant à moi, je ne vois aucune différence lorsqu'une telle règle est étendue à l'autorisation accordée à une personne et que la disposition applicable du *Code* renvoie simplement à cette autorisation. Par conséquent, la croyance subjective de M. MacDonald qu'il pouvait avoir l'arme à feu en sa possession à Halifax n'est rien d'autre qu'une erreur de droit.

[58] J'estime par conséquent qu'en exigeant la preuve que l'accusé savait, ou ignorait volontairement, que sa possession n'était pas autorisée, on accepterait l'erreur de droit comme moyen de défense à une accusation fondée sur le par. 95(1). Il est bien établi en droit que, sauf dans le cas d'une erreur provoquée par une personne en autorité, une erreur de droit ne constitue pas un moyen de défense dans notre système de justice criminelle. L'article 19 du *Code* prévoit ce qui suit :

**19.** L'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction.

[59] In *R. v. Forster*, [1992] 1 S.C.R. 339, Lamer C.J. accurately and succinctly explained this as follows:

It is a principle of our criminal law that an honest but mistaken belief in respect of the legal consequences of one's deliberate actions does not furnish a defence to a criminal charge, even when the mistake cannot be attributed to the negligence of the accused: *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356. This Court recently reaffirmed in *R. v. Docherty*, [1989] 2 S.C.R. 941, at p. 960, the principle that knowledge that one's actions are contrary to the law is not a component of the *mens rea* for an offence, and consequently does not operate as a defence. [p. 346]

[60] In sum, the Court of Appeal erred by treating Mr. MacDonald's mistake of law as a mistake of fact which exonerated him of the charge resulting from his actions. I would allow the Crown's appeal on this issue and restore the conviction under s. 95(1).

[61] Although I am of the view that the conviction must be restored, I nevertheless appreciate the Court of Appeal's concern that Mr. MacDonald may as a result of this conviction be sentenced to a mandatory three-year term of imprisonment despite the fact that, in ordinary circumstances, his mistake of law would be a mitigating factor to be considered in fashioning a sentence that is proportionate to his crime (C. C. Ruby, G. J. Chan and N. R. Hasan, *Sentencing* (8th ed. 2012), at pp. 319-21). Whether the mandatory minimum three-year term of imprisonment provided for in s. 95(2)(a)(i) is constitutional will now be a matter for the Court of Appeal to decide.

#### D. *Appeal Against the Sentence Imposed by the Court of Appeal*

[62] Having restored Mr. MacDonald's conviction under s. 95(1), this Court is not in a position to consider the Crown's appeal against the sentences imposed by the Court of Appeal on the charges under ss. 86(1) and 88(1). Because the Court of Appeal acquitted Mr. MacDonald on the charge

[59] Dans l'arrêt *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339, le juge en chef Lamer a ainsi exprimé sa pensée de façon exacte et succincte :

Un principe de notre droit criminel veut qu'une croyance honnête mais erronée quant aux conséquences juridiques d'actes délibérés ne constitue pas un moyen de défense opposable à une accusation criminelle, même si l'erreur ne peut être attribuée à la négligence de l'accusé : *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356. Récemment, dans l'arrêt *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941, à la p. 960, notre Cour a réaffirmé le principe que le fait de savoir que les actes qu'on accomplit sont contraires à la loi ne constitue pas un élément de la *mens rea* d'une infraction et ne peut donc pas servir de moyen de défense. [p. 346]

[60] En résumé, la Cour d'appel a commis une erreur en considérant l'erreur de droit de M. MacDonald comme une erreur de fait qui l'exonérerait de l'accusation résultant de son geste. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public sur ce point et de rétablir la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 95(1).

[61] Même si j'estime qu'il faut rétablir la déclaration de culpabilité, je comprends néanmoins la réserve de la Cour d'appel selon laquelle M. MacDonald peut, en raison de cette déclaration de culpabilité, être condamné à la peine obligatoire de trois ans d'emprisonnement, en dépit du fait que son erreur de droit constituerait, dans des circonstances ordinaires, un facteur atténuant au moment de déterminer une peine proportionnelle à la gravité de son crime (C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8<sup>e</sup> éd. 2012), p. 319-321). La constitutionnalité de la peine minimale obligatoire de trois ans d'emprisonnement prévue au sous-al. 95(2)a(i) est désormais une question que la Cour d'appel devra trancher.

#### D. *Appel de la peine imposée par la Cour d'appel*

[62] Ayant rétabli la déclaration de culpabilité de M. MacDonald fondée sur le par. 95(1), la Cour n'est pas en mesure d'examiner l'appel que le ministère public a interjeté contre les peines imposées par la Cour d'appel relativement aux accusations portées en vertu des par. 86(1) et 88(1). Étant donné qu'elle

under s. 95(1), it did not consider his argument that the mandatory minimum three-year sentence provided for in s. 95(2)(a)(i) is unconstitutional. Given the decision to restore Mr. MacDonald's conviction on this count, the matter should be remitted to the Court of Appeal for consideration of this argument. Because of the close factual tie between the sentences imposed for the convictions under ss. 86 and 88 and the one imposed for the conviction under s. 95, the Court of Appeal should reconsider all the sentences together after deciding whether s. 95(2)(a)(i) is constitutionally valid.

#### V. Disposition

[63] For the reasons set out above, I would dismiss Mr. MacDonald's appeal on the s. 8 issue and allow the Crown's appeal on the charge under s. 95(1). Mr. MacDonald's acquittal on that charge is set aside, and his conviction is restored. This matter will be remitted to the Court of Appeal for sentencing, and it will be necessary for that court to determine whether the mandatory minimum sentence applicable under s. 95(2)(a)(i) of the *Code* is constitutionally valid.

The reasons of Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. were delivered by

[64] MOLDAVER AND WAGNER JJ. — Every day, throughout this country, police officers put their lives and safety at risk in order to preserve and protect the lives and safety of others. In return, they are entitled to know that when potentially dangerous situations arise, the law permits them to conduct minimally intrusive safety searches to alleviate the risks they face. That is the fundamental bargain we, as a society, have struck with the police — and it is a fundamental commitment upon which the police are entitled to rely.

a acquitté M. MacDonald de l'accusation fondée sur le par. 95(1), la Cour d'appel n'a pas examiné l'argument soulevé par celui-ci selon lequel la peine minimale obligatoire de trois ans prévue par le sous-al. 95(2)a(i) est inconstitutionnelle. En raison de la décision de rétablir la déclaration de culpabilité de M. MacDonald à l'égard de ce chef d'accusation, l'affaire doit être renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle puisse examiner cet argument. Étant donné que les peines imposées pour les déclarations de culpabilité fondées sur les art. 86 et 88 sont, dans les faits, étroitement liées à la peine imposée pour la déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 95, toutes les peines devraient être réexaminées ensemble par la Cour d'appel une fois qu'elle se sera prononcée sur la validité constitutionnelle du sous-al. 95(2)a(i).

#### V. Dispositif

[63] Pour les motifs ci-dessus, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de M. MacDonald sur la question relative à l'art. 8 et d'accueillir le pourvoi du ministère public relativement à l'accusation portée en vertu du par. 95(1). L'acquiescement de M. MacDonald à l'égard de cette accusation est annulé et la déclaration de culpabilité est rétablie. La présente affaire sera renvoyée à la Cour d'appel pour la détermination de la peine, et cette cour devra déterminer si la peine minimale obligatoire applicable aux termes du sous-al. 95(2)a(i) du *Code* est constitutionnellement valide.

Version française des motifs des juges Rothstein, Moldaver et Wagner rendus par

[64] LES JUGES MOLDAVER ET WAGNER — Tous les jours, partout au pays, des policiers mettent leur vie et leur sécurité en péril pour protéger la vie et la sécurité d'autrui. En retour, ils ont le droit de savoir que, si une situation potentiellement dangereuse se présente, ils sont légalement autorisés à effectuer des fouilles de sécurité peu envahissantes pour atténuer les risques auxquels ils s'exposent. C'est là le marché fondamental que nous avons conclu, en tant que société, avec la police, et il s'agit d'un engagement important sur lequel la police peut compter.



[65] The commitment of which we speak was acknowledged by this Court in *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59. *Mann* recognized a limited police power to search without a warrant solely for protective purposes where a police officer has reasonable grounds to suspect a threat to his or her safety or the safety of others. The majority in this case purports to apply *Mann*. Respectfully, however, it does not. Instead, it renders *Mann* redundant, depriving police officers of the limited search powers they need to protect themselves and the public in fluid and often unpredictable situations of potential danger.

[66] In the instant case, while we agree with the majority on all three issues in this case, including Mr. MacDonald's claim under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, we part company with our colleagues on the proper interpretation of *Mann*. Our colleagues assert, relying on *Mann*, that officers are only empowered to conduct "safety searches" where they have reasonable grounds to believe an individual is armed and dangerous (paras. 39 and 44). With respect, we do not agree with that conclusion. In our view, *Mann* decided that officers may conduct safety searches when they have reasonable grounds to suspect an individual is armed and dangerous. The balance of these reasons will focus on explaining why.

[67] The case law reveals that the *rationale* justifying the police power to perform protective searches is the protection of public or officer safety. It seems to us that such a power is a necessary corollary of the duties imposed on the police, two of which include the duty to preserve the peace and to protect life and property. Police officers cannot be asked to intervene in dangerous or fluid situations and, at the same time, be denied the authority to take protective measures when they reasonably suspect their own safety is at risk, especially when there is a suspicion weapons are present.

[65] L'engagement auquel nous référons a été reconnu par la Cour dans *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59. Cet arrêt reconnaît aux policiers un pouvoir de fouille limité sans mandat, à des fins uniquement préventives, lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner que leur sécurité ou celle d'autrui est menacée. Les juges majoritaires en l'espèce disent appliquer les enseignements de l'arrêt *Mann*. Avec égard, toutefois, ce n'est pas le cas. Ils rendent plutôt superflue cette décision et privent les policiers des pouvoirs de fouille limités dont ils ont besoin pour se protéger et protéger le public dans des situations potentiellement dangereuses, nébuleuses et souvent imprévisibles.

[66] Bien que nous partagions la décision des juges majoritaires relativement aux trois questions soulevées en l'espèce, notamment en ce qui concerne l'argument de M. MacDonald fondé sur l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, nous divergeons d'opinion avec nos collègues sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'arrêt *Mann*. Se fondant sur cette décision, nos collègues affirment que les policiers ne sont autorisés à effectuer des « fouilles de sécurité » que s'ils ont des motifs raisonnables de croire qu'une personne est armée et dangereuse (par. 39 et 44). En toute déférence, nous ne souscrivons pas à cette conclusion. À notre avis, la Cour a décidé dans *Mann* que les policiers peuvent procéder à des fouilles de sécurité lorsqu'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner qu'une personne est armée et dangereuse. C'est ce que nous tâcherons d'expliquer ci-après.

[67] Selon la jurisprudence, la protection du public ou la sécurité des policiers constitue le *fondement* du pouvoir de fouille préventive conféré à ces derniers. À notre avis, ce pouvoir est le corollaire nécessaire des obligations imposées aux policiers, dont les deux suivantes : maintenir la paix et protéger la vie des gens et les biens. On ne peut demander aux policiers d'intervenir dans des situations dangereuses ou nébuleuses et, en même temps, les priver du pouvoir de prendre des mesures de protection lorsqu'ils soupçonnent raisonnablement que leur propre sécurité est menacée, notamment lorsqu'ils soupçonnent la présence d'armes.

[68] *Mann* affirmed as much. Our starting point then is the language of the case itself:

... where a police officer has reasonable grounds to believe that his or her safety or that of others is at risk, the officer may engage in a protective pat-down search of the detained individual. [Emphasis added; para. 45.]

[69] Read in isolation, the “reasonable grounds to believe” language connotes the “reasonable and probable grounds” standard. See *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 447. But one cannot stop reading there, because the concept of being “at risk” inherently builds in the concept of possibility. See, e.g., the *Oxford English Dictionary* (online), *sub verbo* “risk” (“the possibility of loss, injury, or other adverse or unwelcome circumstance; a chance or situation involving such a possibility” (emphasis added)).

[70] The language of *Mann* thus appears to stack a *probability* on top of a *possibility* — a chance upon a chance. In other words, *Mann* says a safety search is justified if it is *probable* that something *might* happen, not that it is *probable* that something *will* happen. As this Court only recently explained, the former is the language of “reasonable suspicion” (*R. v. MacKenzie*, 2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250, at para. 74). The latter is the language of “reasonable and probable grounds”.

[71] Admittedly, the language of *Mann* could have been clearer. Indeed, the ambiguity in the key paragraph of *Mann* has led at least one authority in this field to suggest that the Court simply “mis-spoke”: J. Stribopoulos, “The Limits of Judicially Created Police Powers: Investigative Detention after *Mann*” (2007), 52 *Crim. L.Q.* 299, at p. 311. While it would have been helpful if the Court in *Mann* had simply said either “reasonable grounds *to believe* an individual is armed and dangerous” or “reasonable grounds *to suspect* an individual is armed and dangerous”, the fact is that it did not. Fortunately, however, we are able to resolve any lingering doubt about the meaning of *Mann* with the tools available to us. As we will explain, each of

[68] C’est ce que la Cour a affirmé dans *Mann*. Prenons donc comme point de départ le libellé de cet arrêt lui-même :

... le policier qui possède des motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d’autrui est menacée peut soumettre la personne qu’il détient à une fouille par palpation préventive. [Nous soulignons; par. 45.]

[69] Considérés isolément, les termes « motifs raisonnables de croire » renvoient à la norme des « motifs raisonnables et probables ». Voir *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, p. 447. La lecture ne doit toutefois pas s’arrêter là, parce que le terme « menacée » évoque intrinsèquement la notion de possibilité. Voir, p. ex., le dictionnaire *Oxford English Dictionary* (en ligne), *sub verbo* « risk » ([TRADUCTION] « risque » : « ... la possibilité d’une perte, d’un préjudice ou de toute autre circonstance défavorable ou fâcheuse; chance ou situation comportant une telle possibilité » (nous soulignons)).

[70] Le libellé de l’arrêt *Mann* semble donc accoler une *probabilité* à une *possibilité* : une chance à une chance. Autrement dit, selon l’arrêt *Mann*, une fouille de sécurité est justifiée s’il est *probable* que quelque chose *puisse* se produire, et non s’il est *probable* que quelque chose *se produise*. Comme la Cour l’a tout récemment expliqué, la première éventualité évoque des « soupçons raisonnables » (*R. c. MacKenzie*, 2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250, par. 74). La seconde renvoie quant à elle à des « motifs raisonnables et probables ».

[71] L’arrêt *Mann* aurait certes pu être plus clair. En fait, l’ambiguïté du paragraphe clé de cette décision a amené au moins un expert en la matière à laisser entendre que la Cour s’est peut-être tout simplement [TRADUCTION] « mal exprimée » : J. Stribopoulos, « The Limits of Judicially Created Police Powers : Investigative Detention after *Mann* » (2007), 52 *Crim. L.Q.* 299, p. 311. Il aurait été utile que la Cour, dans *Mann*, indique simplement si les motifs requis sont des « motifs raisonnables *de croire* qu’une personne est armée et dangereuse », ou des « motifs raisonnables *de soupçonner* qu’une personne est armée et dangereuse »; elle ne l’a toutefois pas fait. Heureusement, cependant, nous disposons des outils nécessaires pour

these tools points away from the majority's interpretation.

[72] Since legal terms of art are not always self-defining, we begin with how the *Mann* Court actually described the standard it was adopting. A close reading leaves no doubt it was describing reasonable suspicion. For example, *Mann* held that “[t]he search must be grounded in objectively discernible facts to prevent ‘fishing expeditions’ on the basis of irrelevant or discriminatory factors” (para. 43 (emphasis added)). As we recently held in *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220, reasonable suspicion must be grounded in “objectively discernible facts, and . . . prevents the indiscriminate and discriminatory exercise of police power” (para. 3 (emphasis added)). Similarly, *Mann* spoke of a “logical possibility that the [suspect] . . . was in possession of break-and-enter tools, which could be used as weapons” (para. 48 (emphasis added)). Again, *Chehil* makes clear that “reasonable suspicion . . . engages [a] reasonable possibility, rather than probability” (para. 27 (emphasis added)). Finally, *Mann* required that an officer “not be acting solely on a hunch” (para. 41 (emphasis added)). And again, *Chehil* cautioned “hunches . . . will [not] suffice” (para. 47 (emphasis added)). We know of no case that has described the reasonable and probable grounds standard using this language.

[73] To look at the matter another way, had *Mann* intended to adopt a reasonable and probable grounds standard, these detailed elaborations would have been unnecessary since reasonable and probable grounds was at the time a well-known standard. Indeed, it was and remains the *presumptive* standard under the *Charter* (see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145). In contrast, *Mann* represented one of the first attempts by this Court to define the standard of reasonable suspicion (see also *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R.

dissiper tout doute qui pourrait subsister quant à l’interprétation à donner à l’arrêt *Mann*. Comme nous le verrons, chacun de ces outils tend à exclure l’interprétation retenue par la majorité.

[72] Comme les termes techniques propres au domaine juridique n’ont pas toujours un sens évident, examinons tout d’abord la façon dont la Cour, dans *Mann*, décrit la norme qu’elle adopte. Une lecture attentive de cette décision ne laisse aucun doute : la Cour y décrit la norme des soupçons raisonnables. À titre d’exemple, selon *Mann*, « [l]a fouille doit être fondée sur des faits objectivement discernables afin d’éviter une “recherche à l’aveuglette” motivée par des facteurs discriminatoires et non pertinents » (par. 43 (nous soulignons)). Comme il a été conclu récemment dans *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, les soupçons raisonnables doivent reposer sur des « faits objectivement vérifiables, et [ . . . ] fai[re] obstacle à l’exercice aveugle et discriminatoire des pouvoirs policiers » (par. 3 (nous soulignons)). De même, l’arrêt *Mann* parle d’une « [possibilité] logiqu[e] que le [suspect] [ . . . ] fut en possession d’outils utilisés pour commettre l’infraction et pouvant servir d’armes » (par. 48 (nous soulignons)). Par ailleurs, l’arrêt *Chehil* indique clairement que les soupçons raisonnables « évoquent [une] possibilité — plutôt qu’[une] probabilité — raisonnable » (par. 27 (nous soulignons)). Enfin, selon *Mann*, le policier ne doit pas agir « uniquement en suivant son intuition » (par. 41 (nous soulignons)). Et là encore, *Chehil* précise que « l’intuition [ . . . ] [ne] suffira [pas] » (par. 47 (nous soulignons)). Il n’existe à notre connaissance aucune décision décrivant en ces termes la norme des motifs raisonnables et probables.

[73] D’un autre point de vue, ces précisions détaillées n’auraient pas été nécessaires si la Cour, dans *Mann*, avait voulu adopter la norme des motifs raisonnables et probables, laquelle constituait en effet une norme bien connue à l’époque. En fait, l’application de cette norme était et demeure *présumée* sous le régime de la *Charte* (voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145). *Mann* constitue par ailleurs l’une des premières affaires où la Cour tente de définir la norme des soupçons raisonnables (voir aussi *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008]

456; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *Chehil; MacKenzie*).

[74] Second, we look at the history from which *Mann* emerged. In recognizing a power of investigative detention and a related power to search for protective purposes incidental to that detention, *Mann* explicitly relied on the U.S. Supreme Court's seminal decision in *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). Significant for present purposes, *Mann* quoted the following passage from *Terry* (at p. 27) when articulating the standard upon which an officer safety search must be measured:

. . . there must be a narrowly drawn authority to permit a reasonable search for weapons for the protection of the police officer, where he has reason to believe that he is dealing with an armed and dangerous individual, regardless of whether he has probable cause to arrest the individual for a crime. [Emphasis added; para. 41.]

[75] As the excerpt makes clear, Chief Justice Warren clearly distinguished the *Terry* standard from the “probable cause” standard — the equivalent of our reasonable and probable grounds — traditionally used for arrests. And though there has never been any serious debate about what *Terry* meant, in speaking of a “reason to believe”, the language of *Terry* risked being “confusing and contradictory” because “it is precisely the language the [U.S. Supreme] Court has used time and again to define the probable cause requisite for arrest” (W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (5th ed. 2012), vol. 4, at §9.6(a)). As our American colleagues only recently affirmed, however, under *Terry*, “the police must harbor reasonable suspicion that the person . . . is armed and dangerous” (*Arizona v. Johnson*, 129 S. Ct. 781 (2009), at p. 784 (emphasis added)). It is surely ironic, then, that in borrowing from *Terry*'s diction, *Mann* inadvertently imported the same confusion and contradiction into Canada.

1 R.C.S. 456; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *Chehil; MacKenzie*).

[74] Examinons deuxièmement le contexte historique ayant mené à l'arrêt *Mann*. En reconnaissant un pouvoir de détention aux fins d'enquête ainsi qu'un pouvoir connexe de fouille préventive accessoire à la détention, la Cour dans *Mann* s'appuie expressément sur l'arrêt de principe *Terry c. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968), rendu par la Cour suprême des États-Unis. Fait important en l'espèce, la Cour cite l'extrait suivant de cet arrêt (p. 27) en formulant la norme applicable à une fouille policière de sécurité :

[TRADUCTION] . . . il convient de reconnaître aux policiers un pouvoir étroitement circonscrit d'assurer leur protection en procédant à une fouille non abusive pour vérifier la présence d'armes, lorsqu'ils ont des raisons de croire qu'ils sont en présence d'un individu armé et dangereux, peu importe qu'ils possèdent ou non des motifs probables d'arrêter l'individu relativement à la commission d'un crime. [Nous soulignons; par. 41.]

[75] Comme l'indique clairement cet extrait, le juge en chef Warren fait une distinction claire entre la norme établie dans *Terry* et celle des [TRADUCTION] « motifs probables » — l'équivalent de notre norme des motifs raisonnables et probables — traditionnellement utilisée pour les arrestations. Or, bien qu'il n'y ait jamais eu de débat sérieux sur le sens à donner à *Terry*, son libellé, en ce qui concerne les « raisons de croire », risque de [TRADUCTION] « cré[er] de la confusion et [d'être] contradictoire », parce qu'« il s'agit précisément des termes utilisés à maintes reprises par la Cour [suprême des États-Unis] pour définir les motifs probables exigés pour procéder à une arrestation » (W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (5<sup>e</sup> éd. 2012), vol. 4, §9.6(a)). Comme nos collègues américains l'ont cependant tout récemment affirmé relativement à cet arrêt, [TRADUCTION] « les policiers doivent raisonnablement soupçonner que la personne [. . .] est armée et dangereuse » (*Arizona c. Johnson*, 129 S. Ct. 781 (2009), p. 784 (nous soulignons)). Il est certes ironique, donc, qu'en citant *Terry*, la Cour dans *Mann* ait introduit par inadvertance la même confusion et la même contradiction au Canada.

[76] That brings us to our third point. Until today, it was thought that the subsequent interpretation and application of *Mann* by this Court and others had put that confusion to rest. Most significantly, in *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725, as Abella J. explained, the two accused were detained because the police had a “reasonable suspicion” they were in possession of firearms and “as a result, the lives of the police officers and of the public were at risk” (para. 46). Those very safety concerns — without more — justified searches of the accused incidental to their detention (para. 48). In other words, the officers were entitled to conduct a minimally intrusive search for safety purposes because they had reason to suspect that the accused were armed and dangerous.

[77] Beyond *Clayton*, this Court has on at least three distinct occasions expressed, albeit in *obiter*, that *Mann* authorized a protective search incidental to investigative detention on the basis of reasonable suspicion. First, Binnie J., writing for himself and the Chief Justice in *Kang-Brown*, referred to “the Court’s decision in *Mann* to lower the bar from reasonable and probable cause to reasonable suspicion in the context of a warrantless search” (para. 62 (emphasis added)). In *R. v. Aucoin*, 2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408, at para. 44, n. 3, the majority expressly declined to endorse the minority’s assertion that *Mann* required a reasonable and probable grounds standard for pat-down searches. And, lastly, only a few months ago — in an opinion joined by every member of today’s majority — we noted that *Mann* authorized “limited searches accompanying investigative detentions” on the basis of “reasonable suspicion” (*Chehil*, at para. 22, n. 1). With respect, the majority does not explain why these comments were mistaken.

[78] Beyond our own cases, lower courts have relied on this Court’s jurisprudence and have,

[76] Passons maintenant au troisième point. Jusqu’à ce jour, on pensait que les tribunaux, dont la Cour, avaient dissipé cette confusion par leur interprétation et leur application de l’arrêt *Mann*. Plus particulièrement, dans *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725, la juge Abella a expliqué que les policiers avaient détenu les deux accusés en raison d’un « soupçon raisonnable » que ceux-ci aient des armes à feu en leur possession et « partant, que la vie des policiers et des citoyens [était] menacée » (par. 46). Ce souci d’assurer leur propre sécurité justifiait — à lui seul — les policiers de fouiller les accusés accessoirement à la détention (par. 48). Autrement dit, les policiers avaient le pouvoir de procéder à une fouille de sécurité peu envahissante parce qu’ils avaient des motifs de soupçonner que les accusés soient armés et dangereux.

[77] Outre l’arrêt *Clayton*, la Cour a affirmé au moins à trois occasions distinctes, quoique dans des remarques incidentes, que l’arrêt *Mann* autorisait une fouille préventive effectuée accessoirement à une détention aux fins d’enquête en cas de soupçons raisonnables. D’abord, s’exprimant en son nom et en celui de la Juge en chef dans *Kang-Brown*, le juge Binnie a mentionné « la décision de la Cour, dans l’arrêt *Mann*, d’abaisser la norme applicable en la faisant passer de la norme des motifs raisonnables et probables à celle des soupçons raisonnables dans le cas d’une fouille sans mandat » (par. 62 (nous soulignons)). Dans *R. c. Aucoin*, 2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 408, par. 44, note 3, les juges majoritaires ont expressément refusé de souscrire à l’affirmation des juges minoritaires selon laquelle les fouilles par palpation commandent, suivant l’arrêt *Mann*, l’application d’une norme fondée sur des motifs raisonnables et probables. Et, finalement, il y a quelques mois à peine — dans une opinion à laquelle se rallient tous les juges formant la majorité d’aujourd’hui — nous avons souligné que l’arrêt *Mann* autorisait la « fouille limitée accessoire à une détention aux fins d’enquête » fondée sur des « soupçons raisonnables » (*Chehil*, par. 22, note 1). Avec égards, les juges majoritaires n’expliquent pas en quoi ces commentaires sont erronés.

[78] De surcroît, des tribunaux inférieurs se sont fondés sur notre jurisprudence et ont, comme on

unsurprisingly, concluded that *Mann* adopted a reasonable suspicion standard. For example, in *R. v. Crocker*, 2009 BCCA 388, 275 B.C.A.C. 190, leave to appeal refused, [2010] 1 S.C.R. viii, the court held that “[a] lawful protective safety search . . . need only meet the legal standard of reasonable suspicions . . . required by *Mann*” (para. 72 (emphasis added)). Just a few months ago, the same conclusion was reached in *R. v. Atkins*, 2013 ONCA 586, 310 O.A.C. 397: “The pat-down search that followed the detention was justified on officer safety grounds” because “[t]he officers reasonably suspected that the appellant was in possession of a weapon” (para. 15 (emphasis added)).

[79] Fourth, the logical consequences of a reasonable and probable grounds standard in the context of *Mann* make little sense. Had the officer possessed reasonable grounds to believe that the accused in *Mann* was armed and dangerous, he could have arrested him. See, e.g., *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 88 (possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace). In other words, if *Mann* required reasonable and probable grounds for a pat-down search, it would seem all that *Mann* achieves is a power to *search* when there are already grounds to *arrest*. See also Stribopoulos, at p. 311. Manifestly, this is an anomalous result.

[80] An officer who has reasonable grounds to believe an individual is armed and dangerous will always have an immediate need to assert control over that person. That need will inevitably entail *arresting* the individual, and, as soon as it is safe to do so, subjecting that person to a search incident to arrest, predicated on a lower standard (see *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 25). Indeed, it defies common sense to suggest that an officer confronted with an individual who is reasonably believed to be armed and dangerous would forgo the lawful option of arresting the individual in favour of a mere pat-down search. Notably, a search incident to arrest is far more intrusive than the

pouvait s’y attendre, conclu que l’arrêt *Mann* avait adopté la norme des soupçons raisonnables. À titre d’exemple, dans *R. c. Crocker*, 2009 BCCA 388, 275 B.C.A.C. 190, autorisation d’appel refusée, [2010] 1 R.C.S. viii, la cour a conclu qu’[TRADUCTION] « [u]ne fouille de sécurité légale effectuée à des fins préventives [. . .] doit uniquement satisfaire à la norme juridique des soupçons raisonnables [. . .] imposée dans *Mann* » (par. 72 (nous soulignons)). Il y a seulement quelques mois, la même conclusion a été tirée dans *R. c. Atkins*, 2013 ONCA 586, 310 O.A.C. 397 : [TRADUCTION] « La fouille par palpation ayant fait suite à la détention était justifiée pour assurer la sécurité des policiers » parce que « [c]es derniers soupçonnaient raisonnablement l’appelant d’avoir une arme en sa possession » (par. 15 (nous soulignons)).

[79] Quatrièmement, il n’est guère logique d’appliquer la norme des motifs raisonnables et probables dans le contexte de l’arrêt *Mann*. Si le policier avait des motifs raisonnables de croire que l’accusé dans *Mann* était armé et dangereux, il aurait pu l’arrêter. Voir, p. ex., l’art. 88 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (port d’arme dans un dessein dangereux pour la paix publique). Autrement dit, s’il établit que des motifs raisonnables et probables sont exigés pour justifier une fouille par palpation, l’arrêt *Mann* ne fait donc apparemment que reconnaître un pouvoir de *fouille* dans un cas où il existe déjà des motifs de procéder à une *arrestation*. Voir aussi Stribopoulos, p. 311. Il s’agit manifestement là d’un résultat incongru.

[80] Un policier ayant des motifs raisonnables de croire qu’une personne est armée et dangereuse éprouvera toujours le besoin immédiat de maîtriser cette personne. Il devra donc inévitablement *arrêter*, et, dès qu’il pourra le faire en toute sécurité, procéder à une fouille accessoire à l’arrestation fondée sur une norme moins rigoureuse (voir *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 25). En fait, il est contraire au bon sens de laisser entendre qu’un policier croyant pour des motifs raisonnables qu’une personne est armée et dangereuse renoncerait à la possibilité légitime d’arrêter celle-ci pour procéder à la place à une simple fouille par palpation. Il convient de souligner que la fouille accessoire à

minimally intrusive search recognized under *Mann*. A search incident to arrest would include a search of the person, but could also include a search of his or her belongings or automobile (see *Caslake*, at para. 15).

[81] Against that background, it is worth recalling that each time this Court has asked itself whether it should recognize a new common law police power, it has been “because of perceived gaps in the law” (*Kang-Brown*, at para. 6, *per* LeBel J. (emphasis added)). The identification of such gaps has quite rightly been a prerequisite to doing so given this Court’s reluctance to take upon itself the task of creating new police powers under the common law. We fail to understand then why the Court in *Mann* would recognize a protective search power on a standard that renders the power unnecessary. Put simply, on the majority’s interpretation, *Mann* fills no gap. With respect, that result cannot be what *Mann* intended.

[82] Fifth, and turning to the facts of this case, the majority’s conclusion that Sgt. Boyd had reasonable and probable grounds to believe that Mr. MacDonald was armed and dangerous does not conform with the evidence. Of greater concern, the majority’s approach appears to appreciably lower the standard for what constitutes reasonable and probable grounds.

[83] To be sure, on the facts as found by the trial judge, Sgt. Boyd’s *suspicion* that Mr. MacDonald was armed and dangerous was reasonable. The context of the encounter with him indicates a degree of hostility toward the building staff and police. To begin, Mr. MacDonald dismissed the building concierge’s attempts to turn down the music in what the trial judge diplomatically characterized as an “undiplomatic manner” (trial reasons, MacDonald’s A.R., at p. 5). He showed “some evidence of intoxication” (*ibid.*). When Cst. Pierce attended on the scene, Mr. MacDonald “proceeded to shut the door requiring the constable to remove her foot from the threshold, telling the constable to fuck off

l’arrestation est beaucoup plus envahissante que la fouille peu envahissante reconnue dans *Mann*. La fouille accessoire à l’arrestation comprend la fouille de la personne, mais peut aussi inclure la fouille de ses biens ou de son automobile (voir *Caslake*, par. 15).

[81] Dans ce contexte, il semble utile de rappeler que, chaque fois que la Cour s’est demandé si elle devrait reconnaître un nouveau pouvoir policier en common law, elle l’a fait « à cause de lacunes perçues dans le droit » (*Kang-Brown*, par. 6, le juge LeBel (nous soulignons)). La constatation préalable de telles lacunes est à juste titre nécessaire, étant donné la réticence de la Cour de se charger de créer de nouveaux pouvoirs policiers en common law. Nous ne comprenons donc pas pourquoi la Cour reconnaît dans *Mann* un pouvoir de procéder à une fouille préventive fondée sur une norme rendant ce pouvoir inutile. Autrement dit, suivant l’interprétation retenue par la majorité, l’arrêt *Mann* ne comble aucune lacune. En toute déférence, la Cour dans l’arrêt *Mann* ne peut avoir souhaité un tel résultat.

[82] Cinquièmement, et au vu des faits de l’espèce, la conclusion de la majorité selon laquelle le sergent Boyd avait des motifs raisonnables et probables de croire que M. MacDonald était armé et dangereux n’est pas conforme à la preuve. Fait plus significatif, le raisonnement des juges majoritaires à cet égard semble abaisser considérablement la norme de ce qui constitue des motifs raisonnables et probables.

[83] Vu les faits constatés par le juge de première instance, les *souçons* du sergent Boyd selon lesquels M. MacDonald était armé et dangereux étaient certes raisonnables. Le contexte de la rencontre avec ce dernier révèle qu’il affichait une certaine hostilité envers le personnel de l’immeuble et la police. Tout d’abord, M. MacDonald a repoussé les tentatives du concierge pour lui faire baisser le son de sa musique d’une manière qualifiée avec diplomatie par le juge de première instance de [TRADUCTION] « peu diplomatique » (motifs de première instance, d.a. de M. MacDonald, p. 5). Monsieur MacDonald manifestait « des indices d’intoxication » (*ibid.*). Quand l’agente Pierce s’est

or words to that effect” (p. 6). The trial judge accepted that Sgt. Boyd saw a “black and shiny” object in Mr. MacDonald’s hand (*voir dire* reasons, MacDonald’s A.R., at p. 248). Significantly, “[i]t was concealed behind [his] right leg” (*ibid.*). Moreover, Sgt. Boyd thought “it might be a knife” (p. 249). In these circumstances, Sgt. Boyd had reason to suspect that Mr. MacDonald, who had been acting in a hostile and aggressive fashion, was armed and dangerous — but he surely did not have reasonable grounds to believe that he was armed and dangerous.

[84] Our colleagues do not give effect to the officer’s clear evidence and find instead that Sgt. Boyd had reasonable grounds to believe that Mr. MacDonald was armed and dangerous. With respect, we cannot accept this conclusion. This is the first time such a finding has been made. The trial judge made no such finding, nor did any justice of the Court of Appeal reach this conclusion. Second, no party before this Court advances such a claim. Indeed, the Crown submits that a reasonable and probable grounds standard is “completely unrealistic” in this context (R.F., at para. 46).

[85] Overstating Sgt. Boyd’s evidence is not just inconsistent with the evidence in this case; it also significantly lowers the reasonable grounds to believe threshold by eliminating the subjective requirement that the standard demands (*R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, at pp. 250-51). The law is clear that an officer must *subjectively* believe he has reasonable and probable grounds; it is not enough that he objectively did. In this case, however, Sgt. Boyd’s testimony of his “concern” that Mr. MacDonald “might” have had a weapon does not fit with the majority’s conclusion that Sgt. Boyd himself believed he had reasonable and probable grounds. Sgt. Boyd believed in a possibility,

présentée sur les lieux, M. MacDonald « a fermé la porte, obligeant l’agente à retirer son pied du seuil, et lui a dit d’aller au diable ou quelque chose du genre » (p. 6). Le juge de première instance a accepté la thèse suivant laquelle le sergent Boyd avait vu un objet [TRADUCTION] « noir et brillant » dans la main de M. MacDonald (motifs du voir-dire, d.a. de M. MacDonald, p. 248). Fait important, « M. MacDonald dissimulait celui-ci derrière sa jambe droite » (*ibid.*). De plus, le sergent Boyd a cru qu’« il pouvait s’agir d’un couteau » (p. 249). Dans ces circonstances, le sergent Boyd avait des motifs de soupçonner que M. MacDonald, qui avait manifesté un comportement hostile et agressif, était armé et dangereux — mais il n’avait certainement pas de motifs raisonnables de croire qu’il était armé et dangereux.

[84] Nos collègues ne tiennent pas compte du témoignage clair du sergent Boyd et concluent plutôt que celui-ci avait des motifs raisonnables de croire que M. MacDonald était armé et dangereux. En toute déférence, nous ne sommes pas d’accord avec eux. C’est la première fois qu’une telle conclusion est tirée. Ni le juge de première instance, ni aucun des juges de la Cour d’appel n’ont conclu en ce sens. De plus, nul n’a soulevé pareil argument en l’espèce. En fait, selon le ministère public, il est [TRADUCTION] « totalement irréaliste » d’appliquer une norme des motifs raisonnables et probables dans ce contexte (m.i., par. 46).

[85] Exagérer la nature du témoignage livré par le sergent Boyd n’est pas seulement incompatible avec la preuve en l’espèce, mais abaisse aussi considérablement la norme des motifs raisonnables de croire en éliminant la condition subjective à respecter pour y satisfaire (*R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, p. 250-251). Il est clair en droit que le policier doit croire *subjectivement* à l’existence de motifs raisonnables et probables; une croyance objective ne suffit pas. En l’espèce, toutefois, le témoignage du sergent Boyd selon lequel il « craignait » que M. MacDonald « puisse » être armé est incompatible avec la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le sergent Boyd croyait lui-même à



not a probability.<sup>1</sup> In other words, he subjectively *suspected* that Mr. MacDonald had a weapon, and this suspicion was objectively reasonable.

[86] These five reasons — the language of *Mann*, the history from which *Mann* emerged, the logical consequences of interpreting *Mann* as requiring reasonable grounds to believe, the jurisprudence that has interpreted *Mann*, and the facts of this case — all lead to the same unavoidable conclusion: *Mann* recognized a protective search power predicated on reasonable suspicion.

[87] This case could have been — and ought to have been — resolved by extending the logic of *Mann*. First, Sgt. Boyd, while lawfully engaged in his duties, had a reasonable suspicion that Mr. MacDonald was armed and dangerous. Second, in response to that reasonable suspicion, Sgt. Boyd’s conduct — pushing Mr. MacDonald’s door open a few more inches — was “no more intrusive of liberty interests than [was] reasonably necessary to address the risk” (*Aucoin*, at para. 36, quoting *Clayton*, at para. 31). Accordingly, the search was reasonable for purposes of s. 8.

[88] It must be stressed that in cases such as the one at hand, the “*Mann* standard” for protective searches, as properly understood, does not empower an officer to engage in random searches based on a whim or a hunch. Rather, the officer’s suspicion that the individual is armed and dangerous must be reasonable having regard to the totality of the circumstances. As this Court said recently in *Chehil*, the belief must be derived from “objectively discernible facts, which can then be subjected to independent judicial scrutiny” (para. 26).

<sup>1</sup> In *Hunter*, this Court held that *probabilities* and not *possibilities* satisfy the reasonable grounds to believe standard (p. 167).

l’existence de motifs raisonnables et probables. Le sergent Boyd croyait à une possibilité, et non à une probabilité<sup>1</sup>. Autrement dit, il *soupçonnait* subjectivement M. MacDonald d’être armé, et ces soupçons étaient objectivement raisonnables.

[86] À la lumière de ces cinq motifs — le libellé de *Mann*, le contexte historique ayant mené à cet arrêt, les conséquences logiques de l’interprétation selon laquelle l’arrêt *Mann* exige des motifs raisonnables de croire, la jurisprudence qui a interprété ce précédent, et les faits de l’espèce — une seule conclusion s’impose : l’arrêt *Mann* reconnaît un pouvoir de fouille préventive fondé sur des soupçons raisonnables.

[87] On aurait pu — et il aurait fallu — résoudre la présente affaire suivant la logique de *Mann*. Premièrement, le sergent Boyd, dans l’exercice légitime de ses fonctions, soupçonnait raisonnablement que M. MacDonald était armé et dangereux. Deuxièmement, à cause de ces soupçons raisonnables, la conduite du sergent Boyd — pousser la porte de M. MacDonald pour l’ouvrir quelques pouces de plus — « n’a porté atteinte à la liberté que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour faire face au risque » (*Aucoin*, par. 36, citant *Clayton*, par. 31). En conséquence, la fouille était non abusive pour les besoins de l’art. 8.

[88] Il importe de souligner que, dans des cas comme celui-ci, la « norme de l’arrêt *Mann* » relative aux fouilles préventives, interprétée adéquatement, n’autorise pas les policiers à effectuer des fouilles au hasard à leur gré ou en se fiant à leur intuition. Au contraire, les soupçons d’un policier selon lesquels une personne est armée et dangereuse doivent être raisonnables eu égard à l’ensemble des circonstances. Tout comme l’a récemment affirmé la Cour dans *Chehil*, la croyance doit découler de « faits objectivement discernables, qui peuvent ensuite être soumis à l’examen judiciaire indépendant » (par. 26).

<sup>1</sup> Suivant l’arrêt *Hunter*, le respect de la norme des motifs raisonnables de croire exige des *probabilités*, et non des *possibilités* (p. 167).

[89] Nor is the proposition of a reasonable suspicion standard — even where it authorizes entry into a home — unfaithful to the *Charter*. Though *Hunter* established a presumption of reasonable and probable grounds, Dickson J. (as he then was) was careful to observe that in some circumstances “the relevant standard might well be a different one” (p. 168). That is to say, the purpose of a search matters. While the general rule is that a warrant secured on reasonable and probable grounds is required for entry into a home to effect an arrest (*R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13), the *Criminal Code* provides for warrantless entry in “exigent circumstances” where there are “reasonable grounds to suspect that entry into the dwelling-house is necessary to prevent imminent bodily harm or death to any person” (see, e.g., ss. 487.11 and 529.3(2)). Moreover, this Court has recognized that warrantless entry into a home is authorized by a 911 distress call, as it reveals a potential threat to life (see *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311). Similarly, in *R. v. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743, leave to appeal refused, [1998] 1 S.C.R. ix, the Ontario Court of Appeal recognized a power to search a home without a warrant incidental to arrest on the basis of “a reasonable suspicion” that a threat to safety existed (pp. 758-59).

[90] In the end, this case illustrates the danger of leaving police powers to be developed in a piecemeal fashion by the courts. Today, our colleagues impose a standard requiring that an officer have reasonable grounds to believe an individual is armed and dangerous before a “safety search” is authorized, effectively overturning the search power recognized in *Mann* and a decade of subsequent jurisprudence in the process.

[91] We should be clear about the consequences of the majority’s decision: officers are deprived of the ability to conduct protective searches except in circumstances where they already have grounds

[89] La norme proposée des soupçons raisonnables — même si elle autorise l’entrée dans une résidence — ne déroge pas non plus à la *Charte*. Bien qu’il ait établi une présomption d’application de la norme des motifs raisonnables et probables, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Hunter* a pris soin de préciser que, dans certaines circonstances, « le critère pertinent pourrait fort bien être différent » (p. 168). Autrement dit, l’objectif de la fouille est important. Bien que, en règle générale, un mandat décerné sur la foi de motifs raisonnables et probables soit nécessaire pour pouvoir pénétrer dans une résidence afin de procéder à une arrestation (*R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13), le *Code criminel* autorise certaines entrées sans mandat en situation d’« urgence » lorsqu’il existe « des motifs raisonnables de souppçonner qu’il est nécessaire de pénétrer dans la maison d’habitation pour éviter à une personne des lésions corporelles imminentes ou la mort » (voir, p. ex., l’art. 487.11 et le par. 529.3(2)). De plus, la Cour a reconnu qu’un appel de détresse au 911 justifie une entrée sans mandat dans une résidence, parce qu’il révèle une menace potentielle pour la vie (voir *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311). De même, dans *R. c. Golub* (1997), 34 O.R. (3d) 743, autorisation de pourvoi refusée, [1998] 1 R.C.S. ix, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que les policiers peuvent fouiller sans mandat une résidence accessoirement à une arrestation s’ils ont des [TRADUCTION] « soupçons raisonnables » qu’il existe une menace pour la sécurité (p. 758-759).

[90] En fin de compte, la présente affaire illustre bien le danger de laisser les tribunaux établir au cas par cas les pouvoirs des policiers. Nos collègues imposent aujourd’hui une norme selon laquelle un policier doit avoir des motifs raisonnables de croire qu’une personne est armée et dangereuse avant d’être autorisé à effectuer une « fouille de sécurité », ce qui supprime dans les faits le pouvoir de fouille reconnu dans *Mann* et écarte du même coup la jurisprudence des dix années qui ont suivi.

[91] Il est important de bien saisir les conséquences de la décision rendue par les juges majoritaires : les policiers sont privés du pouvoir d’effectuer une fouille préventive, sauf s’ils ont déjà des motifs

to arrest. As of today, officers are empowered to detain individuals they *suspect* are armed and dangerous for investigatory purposes, but they have no power to conduct pat-down searches to ensure their safety or the safety of the public as they conduct these investigations. In our view, a police officer in the field, faced with a realistic risk of imminent harm, should be able to act immediately and take reasonable steps, in the form of a minimally intrusive safety search, to alleviate the risk.

[92] Subject to this disagreement with the majority, we join the balance of Justice LeBel's reasons and would dispose of the case as he proposes.

*Appeal of Erin Lee MacDonald dismissed and appeal of Her Majesty The Queen allowed.*

*Solicitors for the appellant/respondent: Wolch, Hursh, deWit, Silverberg & Watts, Calgary.*

*Solicitor for the respondent/appellant: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

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

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

de procéder à une arrestation. À partir d'aujourd'hui, les policiers peuvent détenir à des fins d'enquête les personnes *soupçonnées* d'être armées et dangereuses, mais ne sont pas autorisés à effectuer des fouilles par palpation pour assurer leur sécurité ou celle du public dans le cadre d'une enquête. À notre avis, un policier sur le terrain exposé à un risque réaliste de préjudice imminent devrait pouvoir agir immédiatement et prendre des mesures raisonnables, sous la forme d'une fouille peu envahissante, pour atténuer ce risque.

[92] Sous réserve de cette divergence d'opinions, nous souscrivons pour le reste aux motifs du juge LeBel et nous sommes d'avis de trancher l'affaire comme il le propose.

*Pourvoi d'Erin Lee MacDonald rejeté et pourvoi de Sa Majesté la Reine accueilli.*

*Procureurs de l'appellant/intimé : Wolch, Hursh, deWit, Silverberg & Watts, Calgary.*

*Procureur de l'intimée/appelante : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.*

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

**Percy Walter Davis** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. DAVIS**

**2014 SCC 4**

File No.: 35327.

2014: January 17.

Present: LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Application of curative proviso — Trial judge’s error in allocating burden of proof may have tainted evaluation of evidence of whether excessive force used by police officer — Curative proviso not applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser C.J. and O’Brien and McDonald J.J.A.), 2013 ABCA 15, 75 Alta. L.R. (5th) 386, 542 A.R. 100, 566 W.A.C. 100, 275 C.R.R. (2d) 266, 100 C.R. (6th) 175, 295 C.C.C. (3d) 508, [2013] 5 W.W.R. 423, [2013] A.J. No. 20 (QL), 2013 CarswellAlta 78, affirming the accused’s conviction for possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, assault of a peace officer and assault with a weapon entered by Crighton J. Appeal allowed.

*Peter J. Royal, Q.C.*, and *Kathryn A. Quinlan*, for the appellant.

*Troy L. Couillard*, for the respondent.

**Percy Walter Davis** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. DAVIS**

**2014 CSC 4**

N° du greffe : 35327.

2014 : 17 janvier.

Présents : Les juges LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA

*Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d’appel — Application de la disposition réparatrice — Erreur de la juge du procès dans l’attribution du fardeau de la preuve susceptible d’avoir joué dans l’évaluation de la preuve relative à la question de savoir si le policier a employé ou non une force excessive — Disposition réparatrice non applicable — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (la juge en chef Fraser et les juges O’Brien et McDonald), 2013 ABCA 15, 75 Alta. L.R. (5th) 386, 542 A.R. 100, 566 W.A.C. 100, 275 C.R.R. (2d) 266, 100 C.R. (6th) 175, 295 C.C.C. (3d) 508, [2013] 5 W.W.R. 423, [2013] A.J. No. 20 (QL), 2013 CarswellAlta 78, qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée par la juge Crighton contre l’accusé pour possession d’une arme à feu dans un dessein dangereux pour la paix publique, voies de fait contre un agent de la paix et agression armée. Pourvoi accueilli.

*Peter J. Royal, c.r.*, et *Kathryn A. Quinlan*, pour l’appelant.

*Troy L. Couillard*, pour l’intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] LEBEL J. — The Crown has conceded and we agree with the Alberta Court of Appeal that the trial judge made an error in allocating the burden of proof. But we agree with Fraser C.J., in dissent, that this error may have tainted the evaluation of the evidence as to whether excessive force had been used by a police officer. In the circumstances of this case, the proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, could not apply. For these reasons, the appeal is allowed and the appellant's conviction is quashed. As the parties have requested in such an event, a new trial is ordered on the same charges.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Royal Teskey, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE LEBEL — Le ministère public reconnaît, et nous convenons avec la Cour d'appel de l'Alberta, que la juge du procès a commis une erreur dans l'attribution du fardeau de la preuve. Nous partageons cependant l'avis de la juge en chef Fraser, dissidente, selon lequel l'erreur a pu jouer dans l'appréciation de la preuve quant à savoir si un agent de police avait eu recours ou non à une force excessive. Dans les circonstances de l'espèce, la disposition correspondant au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ne pouvait s'appliquer. Le pourvoi est donc accueilli, et la déclaration de culpabilité de l'appelant est annulée. Comme les parties l'ont demandé advenant pareil dénouement, un nouveau procès est ordonné pour les mêmes accusations.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Royal Teskey, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

**Garry Howard James** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. JAMES**

**2014 SCC 5**

File No.: 35373.

2014: January 17.

Present: LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Offences — Sexual assault — Evidence — Consent — Accused stating to police that complainant consented to sexual relations — Statement not admitted into evidence and accused maintaining that he had virtually no recollection of events — Accused acquitted but new trial subsequently ordered — In assessing consent, trial judge could not rely on police statement not forming part of record and should have taken into account other circumstantial evidence.*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Ryan, Smith and Hinkson JJ.A.), 2013 BCCA 159, 336 B.C.A.C. 207, 574 W.A.C. 207, 297 C.C.C. (3d) 106, [2013] B.C.J. No. 677 (QL), 2013 CarswellBC 856, setting aside the acquittal entered by Romilly J., 2011 BCSC 612, 86 C.R. (6th) 107, [2011] B.C.J. No. 879 (QL), 2011 CarswellBC 1129, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Christopher Darnay and Michelle Poulsen, for the appellant.*

*Margaret A. Mereigh, for the respondent.*

**Garry Howard James** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. JAMES**

**2014 CSC 5**

N° du greffe : 35373.

2014 : 17 janvier.

Présents : Les juges LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

*Droit criminel — Infractions — Agression sexuelle — Preuve — Consentement — Déclaration de l'accusé aux policiers selon laquelle la plaignante a consenti aux rapports sexuels — Déclaration non admise en preuve et accusé soutenant au procès n'avoir pratiquement aucun souvenir des faits survenus à ce moment — Accusé acquitté, mais nouveau procès ordonné par la suite — Dans l'examen de la question du consentement, le juge du procès ne pouvait tenir compte de la déclaration aux policiers qui ne faisait pas partie du dossier; et il devait tenir compte d'autres éléments de preuve circonstancielle.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Ryan, Smith et Hinkson), 2013 BCCA 159, 336 B.C.A.C. 207, 574 W.A.C. 207, 297 C.C.C. (3d) 106, [2013] B.C.J. No. 677 (QL), 2013 CarswellBC 856, qui a annulé l'acquiescement prononcé par le juge Romilly, 2011 BCSC 612, 86 C.R. (6th) 107, [2011] B.C.J. No. 879 (QL), 2011 CarswellBC 1129, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*Christopher Darnay et Michelle Poulsen, pour l'appellant.*

*Margaret A. Mereigh, pour l'intimée.*

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — We agree with the majority of the British Columbia Court of Appeal that there must be a new trial in this matter.

[2] In assessing the crucial issue of consent, the trial judge found that the complainant was suffering from some sort of memory loss at the time the appellant claims that “she gave him her consent for sexual relations” (2011 BCSC 612, 86 C.R. (6th) 107, at para. 45).

[3] With respect, the appellant gave no such evidence of consent. Only in his statement to the police did he claim that the complainant consented. But that statement was not admitted into evidence and formed no part of the record. At trial, the appellant maintained that he had virtually no recollection of the events on that evening due to alcohol and drug consumption. He did not testify that the complainant consented to sexual relations.

[4] In our view, the trial judge’s reliance on evidence that did not form part of the record may have coloured his thinking on the issue of consent, particularly in assessing whether the complainant may have consented to sexual relations but forgot that she had done so due to memory blackout, or, as she claimed, that she was unconscious at all material times and never consented to sexual relations.

[5] In addition to this error, in assessing the issue of consent, the trial judge failed to take into account the several occasions throughout the evening when the complainant made it known to the appellant that she was not interested in having sexual relations with him. Her evidence in this regard was confirmed in part by an independent witness found by the trial judge to be credible. Similarly, the trial judge failed to consider the complainant’s distraught condition

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Nous sommes d’accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique pour conclure que la tenue d’un nouveau procès s’impose en l’espèce.

[2] Lorsqu’il a examiné la question cruciale du consentement, le juge du procès a conclu que la plaignante souffrait d’une sorte d’amnésie au moment où, prétend l’appelant, [TRADUCTION] « elle avait consenti à avoir des rapports sexuels avec lui » (2011 BCSC 612, 86 C.R. (6th) 107, par. 45).

[3] En toute déférence, l’appelant n’a fourni aucune preuve du consentement. C’est uniquement dans sa déclaration à la police qu’il a prétendu que la plaignante avait consenti. Mais cette déclaration n’a pas été admise en preuve et elle ne faisait aucunement partie du dossier. Au procès, l’appelant a soutenu n’avoir pratiquement aucun souvenir des faits survenus ce soir-là, parce qu’il avait consommé de l’alcool et de la drogue. Il n’a pas témoigné que la plaignante avait consenti à des rapports sexuels.

[4] À notre avis, le fait que le juge du procès se soit appuyé sur une preuve qui ne faisait pas partie du dossier a peut-être influencé son raisonnement sur la question du consentement, tout particulièrement lorsqu’il s’est demandé si la plaignante avait peut-être consenti aux rapports sexuels mais avait oublié l’avoir fait à cause d’un trou de mémoire, ou si, comme la plaignante l’a prétendu, elle était inconsciente durant toute la période pertinente et n’avait jamais consenti à de tels rapports.

[5] Outre cette erreur, lorsqu’il a examiné la question du consentement, le juge du procès a omis de tenir compte des diverses occasions où la plaignante avait indiqué à l’appelant, tout au long de la soirée, qu’elle ne voulait pas avoir de rapports sexuels avec lui. Le témoignage de la plaignante à ce sujet a été confirmé en partie par un témoin indépendant que le juge du procès avait trouvé crédible. De même, le juge du procès n’a pas tenu compte du désarroi dans

a short time after the event when she reported the alleged sexual assault to the police.

[6] For these reasons, we agree with the majority of the Court of Appeal that a new trial must be ordered. Accordingly, we would dismiss the appeal.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Christopher Darnay, Vancouver; Michelle Poulsen, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

lequel se trouvait la plaignante peu après le fait, lorsqu'elle a signalé l'agression sexuelle alléguée à la police.

[6] Pour ces motifs, à l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, nous estimons qu'il faut ordonner un nouveau procès. Nous sommes donc d'avis de rejeter le pourvoi.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Christopher Darnay, Vancouver; Michelle Poulsen, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

Guy Auclair, Mario Auger, Daniel Beaulieu, Georges Beaulieu, Bruno Belzile, Claude Berger, Jean-François Bergeron, René Bibeau, Alain Biron, Robert Bonomo, Éric Bouffard, Vincent Boulanger, Louis Brochu, Aurèle Brouillette, Mario Brouillette, Roberto Campagna, Clermont Carrier, Philippe Carrier, Salvatore Cazzetta, Sylvain Chalifoux, Michel Charland, Benoît Charron, Pierre Chayer, John Coates, Steven Collard, Rock Côté, Luc Dallaire, Christian Daneault, Gaétan David, Rock Delaney, Claude Demers, Lionel Deschamps, Marcel Desloges, Mario Dion, Steeve Doucet, Guy Dubé, Jacques Dumais, Gilles Dumas, Alain Durand, Jacques Émond, Jacques Filteau, Paul Fontaine, Yves Forest, Simon Forgues, Michel Fortier, Benoît Frenette, Daniel Gagné, Sylvain Gagné, Yves Gagné, Martin Gamache, Mélanie Gauthier, Serge Gauthier, Yannick Gauthier, Claude Giguère, Éric Giguère, François Goupil, Robert Groleau, Michel Guertin, Pierre Hamilton, Alain Harton, Marc-André Hinse, Marc-André Hotte, Magella Houde, Daniel Hudon, Richard Hudon, Benjamin Hudon-Barbeau, Bertrand Joyal, Daniel Jutras, Normand Labelle, Gilles Lambert, Kaven Langlois, Michel Langlois, Éric Laplante, Éric Larouche, Claude Lavigne, Serge Lebrasseur, Yves Leduc, David Lefebvre, Guy Lemoyne, Marc Loiseau, Sylvain Lord, Stéphane Maheu, Émery Martin, Éric Martin, Réginald Martin, Patrick Massicotte, Christian Ménard, Marcel Messier, René Monfette, Dean Moore, Claude Morin, Daniel Normand,

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

Guy Auclair, Mario Auger, Daniel Beaulieu, Georges Beaulieu, Bruno Belzile, Claude Berger, Jean-François Bergeron, René Bibeau, Alain Biron, Robert Bonomo, Éric Bouffard, Vincent Boulanger, Louis Brochu, Aurèle Brouillette, Mario Brouillette, Roberto Campagna, Clermont Carrier, Philippe Carrier, Salvatore Cazzetta, Sylvain Chalifoux, Michel Charland, Benoît Charron, Pierre Chayer, John Coates, Steven Collard, Rock Côté, Luc Dallaire, Christian Daneault, Gaétan David, Rock Delaney, Claude Demers, Lionel Deschamps, Marcel Desloges, Mario Dion, Steeve Doucet, Guy Dubé, Jacques Dumais, Gilles Dumas, Alain Durand, Jacques Émond, Jacques Filteau, Paul Fontaine, Yves Forest, Simon Forgues, Michel Fortier, Benoît Frenette, Daniel Gagné, Sylvain Gagné, Yves Gagné, Martin Gamache, Mélanie Gauthier, Serge Gauthier, Yannick Gauthier, Claude Giguère, Éric Giguère, François Goupil, Robert Groleau, Michel Guertin, Pierre Hamilton, Alain Harton, Marc-André Hinse, Marc-André Hotte, Magella Houde, Daniel Hudon, Richard Hudon, Benjamin Hudon-Barbeau, Bertrand Joyal, Daniel Jutras, Normand Labelle, Gilles Lambert, Kaven Langlois, Michel Langlois, Éric Laplante, Éric Larouche, Claude Lavigne, Serge Lebrasseur, Yves Leduc, David Lefebvre, Guy Lemoyne, Marc Loiseau, Sylvain Lord, Stéphane Maheu, Émery Martin, Éric Martin, Réginald Martin, Patrick Massicotte, Christian Ménard, Marcel Messier, René Monfette, Dean Moore, Claude Morin, Daniel Normand,

**Richard Ouellet, Pierre Ouellette, Marvin Ouimet, René Pearson, Marc Pelletier, Claude Pépin, Jean-Damien Perron, Elliot Perry, Stéphane Plouffe, Bernard Plourde, Stéphane Poitras, Gaétan Proulx, Patrick Pruneau, Steve Rainville, Jean-Paul Ramsay, Marc Readman, Michel Rivard, Marc Roberge, Jonathan Robert, Martin Robert, Kevin Robertson, Gilles Robidoux, Pierre Rodrigue, Yvon Rodrigue, David Rouleau, Richard Rousseau, Daniel Royer, Louis Ruel, Alain Ruest, Maurice Soucy, Yvon Tanguay, Normand Théorêt, Sylvain Thiffault, François Vachon, Sylvain Vachon, Ghislain Vallerand, Michel Vallières, Karl Véronneau, Bruno Villeneuve and Jean-Marc Vincent** *Respondents*

and

**Attorney General of Alberta** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. AUCLAIR**

**2014 SCC 6**

File No.: 35372.

2014: January 21.

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

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

*Criminal law — Trial — Trial management — Direct indictment before judge at first instance setting out 29 counts involving more than 150 accused — Stay of proceedings ordered on certain counts because of unreasonable delays — Judge justified in exercising his discretion to protect rights of accused guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms and to further public's interest in avoiding collapse of prosecution.*

**Richard Ouellet, Pierre Ouellette, Marvin Ouimet, René Pearson, Marc Pelletier, Claude Pépin, Jean-Damien Perron, Elliot Perry, Stéphane Plouffe, Bernard Plourde, Stéphane Poitras, Gaétan Proulx, Patrick Pruneau, Steve Rainville, Jean-Paul Ramsay, Marc Readman, Michel Rivard, Marc Roberge, Jonathan Robert, Martin Robert, Kevin Robertson, Gilles Robidoux, Pierre Rodrigue, Yvon Rodrigue, David Rouleau, Richard Rousseau, Daniel Royer, Louis Ruel, Alain Ruest, Maurice Soucy, Yvon Tanguay, Normand Théorêt, Sylvain Thiffault, François Vachon, Sylvain Vachon, Ghislain Vallerand, Michel Vallières, Karl Véronneau, Bruno Villeneuve et Jean-Marc Vincent** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Alberta** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. AUCLAIR**

**2014 CSC 6**

N° du greffe : 35372.

2014 : 21 janvier.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droit criminel — Procès — Gestion du procès — Juge de première instance saisi d'un acte d'accusation direct comprenant 29 chefs d'accusation visant plus de 150 accusés — Arrêt des procédures ordonné sous certains chefs d'accusation en raison de délais déraisonnables — Le juge de première instance a eu raison d'exercer sa discrétion dans le but de protéger les droits des accusés garantis par la Charte canadienne des droits et libertés et dans l'intérêt du public à éviter l'effondrement de la poursuite.*

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Doyon, Gagnon and Levesque JJ.A.), 2013 QCCA 671, [2013] R.J.Q. 608, 302 C.C.C. (3d) 365, [2013] Q.J. No. 3349 (QL), 2013 CarswellQue 10165, SOQUIJ AZ-50956084, affirming a decision of Brunton J., 2011 QCCS 2661, [2011] R.J.Q. 933, 86 C.R. (6th) 155, [2011] Q.J. No. 6103 (QL), 2011 CarswellQue 12285, SOQUIJ AZ-50757582. Appeal dismissed.

*Marc Cigana and Andrée Vézina*, for the appellant.

*Louis Belleau, Christian Desrosiers, Lida Nourai* and *Annie Lahaise*, for the respondents.

*Jolaine Antonio*, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We all agree, essentially for the reasons given by Doyon J.A. of the Quebec Court of Appeal, that this appeal should be dismissed. However, we would also like to stress the extraordinary and unique nature of the circumstances faced by Brunton J. of the Superior Court as a result of the proceedings brought against the accused by the Crown.

[2] The cumulative effects of those circumstances justified Brunton J.'s significant intervention in matters usually left to the discretion of the prosecution, namely the selection of the charges and the prioritization of the order in which they would proceed. The direct indictment before the judge at first instance set out 29 counts involving more than 150 accused. It also contained a number of counts that could not lawfully be included in it. This direct indictment, as preferred by the Crown, did not lend itself to a trial, and it gave rise to serious challenges with respect to disclosure of the evidence to the accused. Furthermore, the prosecution did not have

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Doyon, Gagnon et Levesque), 2013 QCCA 671, [2013] R.J.Q. 608, 302 C.C.C. (3d) 365, [2013] J.Q. n° 3349 (QL), 2013 CarswellQue 3307, SOQUIJ AZ-50956084, qui a confirmé une décision du juge Brunton, 2011 QCCS 2661, [2011] R.J.Q. 933, 86 C.R. (6th) 155, [2011] J.Q. n° 6103 (QL), 2011 CarswellQue 6345, SOQUIJ AZ-50757582. Pourvoi rejeté.

*Marc Cigana et Andrée Vézina*, pour l'appelante.

*Louis Belleau, Christian Desrosiers, Lida Nourai* et *Annie Lahaise*, pour les intimés.

*Jolaine Antonio*, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis que cet appel doit être rejeté, et ce, essentiellement pour les motifs du juge Doyon de la Cour d'appel du Québec. Toutefois, nous tenons aussi à souligner la nature extraordinaire et unique des circonstances auxquelles le juge Brunton, de la Cour supérieure, était confronté à la suite des procédures engagées contre les accusés par le ministère public.

[2] Les effets cumulatifs de ces circonstances justifiaient l'intervention importante de ce dernier dans des matières généralement laissées à la discrétion de la poursuite, dans ce cas-ci, le choix des accusations qui procéderaient et la détermination de leur ordre de priorité. En effet, le juge de première instance a été saisi d'un acte d'accusation direct comprenant 29 chefs d'accusations visant plus de 150 accusés. De plus, l'acte d'accusation incorporait plusieurs chefs qui ne pouvaient pas être légalement inclus dans celui-ci. Cet acte d'accusation direct, tel qu'il avait été présenté par le ministère public, ne se prêtait pas à un procès et posait d'énormes

a realistic plan for taking those charges to trial and conducting the trial within a reasonable time.

[3] As Doyon J.A. mentioned at paragraph 60 of his reasons, Brunton J. had observed that [TRANSLATION] “the prosecution had been making things up as it went along and had shown a flagrant lack of preparation, analysis and foresight in managing the case” (2013 QCCA 671, [2013] R.J.Q. 608). The unique nature of these extraordinary circumstances satisfies us that the approach taken by the trial judge was the right one in this case. In light of these circumstances, and of the ones referred to by Brunton J. in his reasons and by the majority of the Court of Appeal in theirs, we agree with the latter that Brunton J. did not err in exercising his discretion in this case. He exercised it to protect the rights of the accused guaranteed by the *Charter*, and to further the public’s interest in avoiding the total collapse of the prosecution that could have been caused by unreasonable delays.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.*

*Solicitors for the respondents: Louis Belleau, Montréal; Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal; Annie Lahaise, Montréal.*

*Solicitor for the intervener: Attorney General of Alberta, Calgary.*

défis relativement à la divulgation de la preuve aux prévenus. D’ailleurs, la poursuite n’avait conçu aucun plan réaliste pour que ces accusations donnent lieu à un procès et que celui-ci se déroule dans un délai raisonnable.

[3] Comme le juge Doyon l’a noté au paragraphe 60 de ses motifs, le juge Brunton a constaté que « la poursuite fai[sait] preuve d’improvisation et de manque flagrant de préparation, d’analyse et d’anticipation en ce qui a trait à la gestion du dossier » (2013 QCCA 671, [2013] R.J.Q. 608). Le caractère unique de ces circonstances extraordinaires nous convainc que l’approche adoptée par le juge de première instance était la bonne dans cette affaire. À la lumière de ces circonstances, ainsi que de celles invoquées dans les motifs du juge Brunton et de ceux de la majorité de la Cour d’appel du Québec, nous partageons l’opinion de cette dernière selon laquelle le juge Brunton n’a pas erré dans l’exercice de sa discrétion dans ce dossier. Cette discrétion a été exercée dans le but de protéger les droits des accusés garantis par la *Charte*, ainsi que dans l’intérêt du public à éviter l’effondrement complet de la poursuite par la création de délais déraisonnables.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l’appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.*

*Procureurs des intimés : Louis Belleau, Montréal; Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal; Annie Lahaise, Montréal.*

*Procureur de l’intervenant : Procureur général de l’Alberta, Calgary.*

**Robert Hryniak** *Appellant*

v.

**Fred Mauldin, Dan Myers, Robert Blomberg, Theodore Landkammer, Lloyd Chelli, Stephen Yee, Marvin Clear, Carolyn Clear, Richard Hanna, Douglas Laird, Charles Ivans, Lyn White and Athena Smith** *Respondents*

and

**Ontario Trial Lawyers Association and Canadian Bar Association** *Interveners*

INDEXED AS: HRYNIAK v. MAULDIN

2014 SCC 7

File No.: 34641.

2013: March 26; 2014: January 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Civil procedure — Summary judgment — Investors bringing action in civil fraud and subsequently bringing a motion for summary judgment — Motion judge granting summary judgment — Purpose of summary judgment motions — Access to justice — Proportionality — Interpretation of recent amendments to Ontario Rules of Civil Procedure — Trial management orders — Standard of review for summary judgment motions — Whether motion judge erred in granting summary judgment — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 20.*

In June 2001, two representatives of a group of American investors met with H and others to discuss an investment opportunity. The group wired US\$1.2 million, which was pooled with other funds and transferred to H's company, Tropos. A few months later, Tropos forwarded more than US\$10 million to an offshore bank and the money disappeared. The investors brought an action for

**Robert Hryniak** *Appelant*

c.

**Fred Mauldin, Dan Myers, Robert Blomberg, Theodore Landkammer, Lloyd Chelli, Stephen Yee, Marvin Clear, Carolyn Clear, Richard Hanna, Douglas Laird, Charles Ivans, Lyn White et Athena Smith** *Intimés*

et

**Ontario Trial Lawyers Association et Association du Barreau canadien** *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : HRYNIAK c. MAULDIN

2014 CSC 7

N° du greffe : 34641.

2013 : 26 mars; 2014 : 23 janvier.

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

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

*Procédure civile — Jugement sommaire — Investisseur intentant une action pour fraude civile et présentant ensuite une requête en jugement sommaire — Requête en jugement sommaire accueillie — Objectif des requêtes en jugement sommaire — Accès à la justice — Proportionnalité — Interprétation des modifications récentes apportées aux Règles de procédure civile de l'Ontario — Ordonnances de gestion de l'instance — Norme de contrôle applicable aux requêtes en jugement sommaire — Le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur en accueillant la requête en jugement sommaire? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 20.*

Au mois de juin 2001, deux représentants d'un groupe d'investisseurs américains ont rencontré H et d'autres personnes afin de discuter d'une possibilité d'investissement. Le groupe a viré 1,2 million de dollars américains et cette somme a été mise en commun avec d'autres fonds et transférée à Tropos, la société de H. Quelques mois plus tard, Tropos a transféré plus de

civil fraud against H and others and subsequently brought a motion for summary judgment. The motion judge used his powers under Rule 20.04(2.1) of the Ontario *Rules of Civil Procedure* (amended in 2010) to weigh the evidence, evaluate credibility, and draw inferences. He concluded that a trial was not required against H. Despite concluding that this case was not an appropriate candidate for summary judgment, the Court of Appeal was satisfied that the record supported the finding that H had committed the tort of civil fraud against the investors, and therefore dismissed H's appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Our civil justice system is premised upon the value that the process of adjudication must be fair and just. This cannot be compromised. However, undue process and protracted trials, with unnecessary expense and delay, can prevent the fair and just resolution of disputes. If the process is disproportionate to the nature of the dispute and the interests involved, then it will not achieve a fair and just result.

A shift in culture is required. The proportionality principle is now reflected in many of the provinces' rules and can act as a touchstone for access to civil justice. The proportionality principle means that the best forum for resolving a dispute is not always that with the most painstaking procedure. Summary judgment motions provide an opportunity to simplify pre-trial procedures and move the emphasis away from the conventional trial in favour of proportional procedures tailored to the needs of the particular case. Summary judgment rules must be interpreted broadly, favouring proportionality and fair access to the affordable, timely and just adjudication of claims.

Rule 20 was amended in 2010 to improve access to justice. These reforms embody the evolution of summary judgment rules from highly restricted tools used to weed out clearly unmeritorious claims or defences to their current status as a legitimate alternative means for adjudicating and resolving legal disputes. They offer significant new tools to judges, which allow them to adjudicate more cases through summary judgment motions and attenuate the risks when such motions do not resolve the

10 millions de dollars américains à une banque étrangère et l'argent a disparu. Les investisseurs ont intenté contre H et d'autres personnes une action pour fraude civile et ont ensuite présenté une requête en jugement sommaire. Le juge saisi de la requête a exercé les pouvoirs que lui confère le par. 20.04(2.1) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario (modifiées en 2010) pour apprécier la preuve, évaluer la crédibilité et tirer des conclusions. Il a conclu que la tenue d'un procès n'était pas nécessaire dans l'instance intentée contre H. Bien qu'elle ait conclu que cette affaire ne se prêtait pas à un jugement sommaire, la Cour d'appel était convaincue que le dossier étayait la conclusion selon laquelle H avait commis le délit de fraude civile à l'endroit des investisseurs et elle a par conséquent rejeté l'appel de H.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Notre système de justice civile repose sur le principe que le processus décisionnel doit être juste et équitable. Ce principe ne souffre aucun compromis. Or, les formalités excessives et les procès interminables occasionnant des dépenses et des délais inutiles peuvent faire obstacle au règlement juste et équitable des litiges. Si la procédure est disproportionnée par rapport à la nature du litige et aux intérêts en jeu, elle n'aboutira pas à un résultat juste et équitable.

Un virage culturel s'impose. Le principe de la proportionnalité trouve aujourd'hui son expression dans les règles de procédure de nombreuses provinces et peut constituer la pierre d'assise de l'accès au système de justice civile. Le principe de la proportionnalité veut que le meilleur forum pour régler un litige ne soit pas toujours celui dont la procédure est la plus laborieuse. La requête en jugement sommaire offre une possibilité de simplifier les procédures préalables au procès et d'insister moins sur la tenue d'un procès conventionnel et plus sur des procédures proportionnées et adaptées aux besoins de chaque affaire. Les règles régissant les jugements sommaires doivent recevoir une interprétation large et propice à la proportionnalité et à l'accès équitable à un règlement abordable, expéditif et juste des demandes.

La règle 20 a été modifiée en 2010 afin d'améliorer l'accès à la justice. Ces réformes incarnent l'évolution des règles régissant les jugements sommaires, lesquelles passent du statut d'outil à usage très restreint visant à écarter les demandes ou défenses manifestement dénuées de fondement à celui de solution de rechange légitime pour trancher et régler les litiges d'ordre juridique. Les juges disposent ainsi de nouveaux outils importants qui leur permettent de trancher plus de litiges sur requête

entire case. The new powers in Rules 20.04(2.1) and (2.2) expand the number of cases in which there will be no genuine issue requiring a trial by permitting motion judges to weigh evidence, evaluate credibility and draw reasonable inferences.

Summary judgment motions must be granted whenever there is no genuine issue requiring a trial. There will be no genuine issue requiring a trial when the judge is able to reach a fair and just determination on the merits on a motion for summary judgment. This will be the case when the process (1) allows the judge to make the necessary findings of fact, (2) allows the judge to apply the law to the facts, and (3) is a proportionate, more expeditious and less expensive means to achieve a just result.

The new fact-finding powers granted to motion judges in Rule 20.04 may be employed on a motion for summary judgment unless it is in the interest of justice for them to be exercised only at trial. When the use of the new powers would enable a judge to fairly and justly adjudicate a claim, it will generally not be against the interest of justice to do so. The power to hear oral evidence should be employed when it allows the judge to reach a fair and just adjudication on the merits and it is the proportionate course of action. While this is more likely to be the case when the oral evidence required is limited, there will be cases where extensive oral evidence can be heard. Where a party seeks to lead oral evidence, it should be prepared to demonstrate why such evidence would assist the motion judge and to provide a description of the proposed evidence so that the judge will have a basis for setting the scope of the oral evidence.

On a motion for summary judgment under Rule 20.04, the judge should first determine if there is a genuine issue requiring trial based only on the evidence before her, *without* using the new fact-finding powers. There will be no genuine issue requiring a trial if the summary judgment process provides her with the evidence required to fairly and justly adjudicate the dispute and is a timely, affordable and proportionate procedure, under Rule 20.04(2)(a). If there appears to be a genuine issue requiring a trial, she should then determine if the need for a trial can be avoided by using the new powers under Rules 20.04(2.1) and (2.2). Their use will not be against

en jugement sommaire et qui atténuent les risques lorsque pareille requête ne permet pas de trancher l'affaire dans son ensemble. Les nouveaux pouvoirs prévus aux par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles augmentent le nombre d'affaires qui ne soulèvent pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès en permettant au juge saisi d'une requête d'apprécier la preuve, d'évaluer la crédibilité et de tirer des conclusions raisonnables.

La requête en jugement sommaire doit être accueillie dans tous les cas où il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. Il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès lorsque le juge est en mesure de statuer justement et équitablement au fond sur une requête en jugement sommaire. Ce sera le cas lorsque la procédure (1) permet au juge de tirer les conclusions de fait nécessaires, (2) lui permet d'appliquer les règles de droit aux faits et (3) constitue un moyen proportionné, plus expéditif et moins coûteux d'arriver à un résultat juste.

Le juge saisi d'une requête en jugement sommaire peut exercer les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits que lui confère la règle 20.04 à moins qu'il ne soit dans l'intérêt de la justice de ne les exercer que lors d'un procès. Lorsqu'il permettrait au juge de trancher une demande de manière juste et équitable, l'exercice des nouveaux pouvoirs serait généralement dans l'intérêt de la justice. Le pouvoir d'entendre des témoignages oraux devrait être exercé lorsqu'il permet au juge de rendre une décision juste et équitable sur le fond et que son exercice constitue la marche à suivre proportionnée. Ce sera plus probablement le cas lorsque le témoignage oral requis est succinct, mais dans certains cas, la requête en jugement sommaire comportera l'audition de longs témoignages oraux. La partie qui cherche à présenter des témoignages oraux doit être prête à démontrer en quoi ils aideraient le juge saisi de la requête et à fournir un exposé de la preuve proposée afin de permettre au juge d'établir la portée de ces témoignages oraux.

Lors de l'audition d'une requête en jugement sommaire aux termes de la règle 20.04, le juge devrait en premier lieu décider, compte tenu uniquement de la preuve dont il dispose et *sans* recourir aux nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits, s'il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. Il n'y aura pas de question de ce genre si la procédure de jugement sommaire fournit au juge la preuve nécessaire pour trancher justement et équitablement le litige et constitue une procédure expéditive, abordable et proportionnée selon l'al. 20.04(2)a) des Règles. S'il semble y avoir une véritable question nécessitant la tenue d'un procès,

the interest of justice if they will lead to a fair and just result and will serve the goals of timeliness, affordability and proportionality in light of the litigation as a whole.

Failed, or even partially successful, summary judgment motions add to costs and delay. This risk can be attenuated by a judge who makes use of the trial management powers provided in Rule 20.05 and the court's inherent jurisdiction. These powers allow the judge to use the insight she gained from hearing the summary judgment motion to craft a trial procedure that will resolve the dispute in a way that is sensitive to the complexity and importance of the issue, the amount involved in the case, and the effort expended on the failed motion. Where a motion judge dismisses a motion for summary judgment, in the absence of compelling reasons to the contrary, she should also seize herself of the matter as the trial judge.

Absent an error of law, the exercise of powers under the new summary judgment rule attracts deference. When the motion judge exercises her new fact-finding powers under Rule 20.04(2.1) and determines whether there is a genuine issue requiring a trial, this is a question of mixed fact and law which should not be overturned, absent palpable and overriding error. Similarly, the determination of whether it is in the interest of justice for the motion judge to exercise the new fact-finding powers provided by Rule 20.04(2.1) is also a question of mixed fact and law which attracts deference.

The motion judge did not err in granting summary judgment in the present case. The tort of civil fraud has four elements, which must be proven on a balance of probabilities: (1) a false representation by the defendant; (2) some level of knowledge of the falsehood of the representation on the part of the defendant (whether knowledge or recklessness); (3) the false representation caused the plaintiff to act; (4) the plaintiff's actions resulted in a loss. In granting summary judgment to the group against H, the motion judge did not explicitly address the correct test for civil fraud but his findings are sufficient to make out the cause of action. The motion

le juge devrait alors déterminer si l'exercice des nouveaux pouvoirs prévus aux par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles permettra d'écarter la nécessité d'un procès. L'exercice de ces pouvoirs ne sera pas contraire à l'intérêt de la justice s'il aboutit à un résultat juste et équitable et permettra d'atteindre les objectifs de célérité, d'accessibilité économique et de proportionnalité, compte tenu du litige dans son ensemble.

Qu'elle soit rejetée ou même accueillie en partie, la requête en jugement sommaire occasionne des frais et des délais additionnels. Le juge peut toutefois atténuer ce risque en exerçant la compétence inhérente du tribunal et les pouvoirs de gestion de l'instance prévus à la règle 20.05. Ces pouvoirs permettent au juge de mettre à profit les connaissances acquises lors de l'audition de la requête en jugement sommaire pour élaborer une procédure d'instruction de nature à régler le litige en tenant compte de la complexité et de l'importance de la question soulevée, de la somme en jeu et des efforts déployés lors de l'instruction de la requête rejetée. Le juge qui rejette une requête en jugement sommaire devrait également se saisir de l'instance à titre de juge du procès à moins que des raisons impérieuses l'en empêchent.

En l'absence d'une erreur de droit, l'exercice des pouvoirs que confère la nouvelle règle relative au jugement sommaire commande la retenue. Lorsque le juge saisi d'une requête exerce les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits que lui confère le par. 20.04(2.1) des Règles et détermine s'il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès, il s'agit d'une question mixte de fait et de droit et sa décision ne doit pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante. De même, la décision quant à savoir s'il est dans l'intérêt de la justice que le juge saisi d'une requête exerce les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits prévus au par. 20.04(2.1) des Règles constitue également une question mixte de fait et de droit qui commande la retenue.

Le juge saisi de la requête n'a pas eu tort de rendre un jugement sommaire en l'espèce. Le délit de fraude civile comporte quatre éléments dont il faut prouver l'existence selon la prépondérance des probabilités : (1) une fausse déclaration du défendeur; (2) une certaine connaissance de la fausseté de la déclaration de la part du défendeur (connaissance ou insouciance); (3) le fait que la fausse déclaration a amené le demandeur à agir; (4) le fait que les actes du demandeur ont entraîné une perte. Lorsqu'il a prononcé contre H un jugement sommaire en faveur du groupe, le juge saisi de la requête n'a pas traité explicitement du critère qu'il convient d'appliquer à la fraude



judge found no credible evidence to support H's claim that he was a legitimate trader, and the outcome was therefore clear, so the motion judge concluded there was no issue requiring a trial. It was neither against the interest of justice for the motion judge to use his fact-finding powers nor was his discretionary decision to do so tainted with error.

### Cases Cited

**Referred to:** *Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak*, 2014 SCC 8, [2014] 1 S.C.R. 126; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Medicine Shoppe Canada Inc. v. Devchand*, 2012 ABQB 375, 541 A.R. 312; *Saturley v. CIBC World Markets Inc.*, 2011 NSSC 4, 297 N.S.R. (2d) 371; *Szeto v. Dwyer*, 2010 NLCA 36, 297 Nfld. & P.E.I.R. 311; *Bal Global Finance Canada Corp. v. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2010 QCCS 325 (CanLII); *Vaughan v. Warner Communications, Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242; *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372; *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161; *Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

### Statutes and Regulations Cited

*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 4.2, 54.1 et seq., 165(4).  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 1.04(1), (1.1), 1.05, 20, 20.04(2)(a), (2.1), (2.2), 20.05, 20.06(a).  
*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 1-3(2).

### Authors Cited

Agrast, Mark David, Juan Carlos Botero and Alejandro Ponce. *World Justice Project Rule of Law Index 2011*. Washington, D.C.: World Justice Project, 2011.  
 Ontario. Ministry of the Attorney General. *Civil Justice Reform Project: Summary of Findings and Recommendations*. Toronto: The Ministry, 2007.  
 Walsh, Teresa, and Lauren Posloski. "Establishing a Workable Test for Summary Judgment: Are We There Yet?," in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2013*. Toronto: Thomson Carswell, 2013, 419.

civile mais ses conclusions suffisent pour établir la cause d'action. Le juge saisi de la requête a conclu qu'il n'existait pas d'élément de preuve crédible à l'appui de la prétention de H selon laquelle ce dernier était un courtier légitime et l'issue était donc claire; ainsi le juge a conclu qu'il n'y avait pas de question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. L'exercice, par le juge, de ses pouvoirs en matière de recherche des faits n'allait pas à l'encontre de l'intérêt de la justice, et sa décision discrétionnaire d'exercer ces pouvoirs n'était pas non plus entachée d'erreur.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak*, 2014 CSC 8, [2014] 1 R.C.S. 126; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Medicine Shoppe Canada Inc. c. Devchand*, 2012 ABQB 375, 541 A.R. 312; *Saturley c. CIBC World Markets Inc.*, 2011 NSSC 4, 297 N.S.R. (2d) 371; *Szeto c. Dwyer*, 2010 NLCA 36, 297 Nfld. & P.E.I.R. 311; *Bal Global Finance Canada Corp. c. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2010 QCCS 325 (CanLII); *Vaughan c. Warner Communications, Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242; *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372; *Aguonie c. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161; *Dawson c. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

### Lois et règlements cités

*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 4.2, 54.1 et suiv., 165(4).  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 1.04(1), (1.1), 1.05, 20, 20.04(2)a), (2.1), (2.2), 20.05, 20.06a).  
*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, règle 1-3(2).

### Doctrine et autres documents cités

Agrast, Mark David, Juan Carlos Botero and Alejandro Ponce. *World Justice Project Rule of Law Index 2011*. Washington, D.C. : World Justice Project, 2011.  
 Ontario. Ministère du procureur général. *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations*. Toronto : Le ministère, 2007.  
 Walsh, Teresa, and Lauren Posloski. « Establishing a Workable Test for Summary Judgment : Are We There Yet? », in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2013*. Toronto : Thomson Carswell, 2013, 419.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O. and Laskin, Sharpe, Armstrong and Rouleau JJ.A.), 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1, 286 O.A.C. 3, 97 C.C.E.L. (3d) 25, 14 C.P.C. (7th) 242, 13 R.P.R. (5th) 167, 93 B.L.R. (4th) 1, 344 D.L.R. (4th) 193, 10 C.L.R. (4th) 17, [2011] O.J. No. 5431 (QL), 2011 CarswellOnt 13515 (*sub nom. Combined Air Mechanical Services Inc. v. Flesch*), affirming a decision of Grace J., 2010 ONSC 5490, [2010] O.J. No. 4661 (QL), 2010 CarswellOnt 8325. Appeal dismissed.

*Sarit E. Batner, Brandon Kain and Moya J. Graham*, for the appellant.

*Javad Heydary, Jeffrey D. Landmann, David K. Alderson, Michelle Jackson and Jonathan A. Odumeru*, for the respondents.

*Allan Rouben and Ronald P. Bohm*, for the interveners the Ontario Trial Lawyers Association.

*Paul R. Sweeny and David Sterns*, for the interveners the Canadian Bar Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — Ensuring access to justice is the greatest challenge to the rule of law in Canada today. Trials have become increasingly expensive and protracted. Most Canadians cannot afford to sue when they are wronged or defend themselves when they are sued, and cannot afford to go to trial. Without an effective and accessible means of enforcing rights, the rule of law is threatened. Without public adjudication of civil cases, the development of the common law is stunted.

[2] Increasingly, there is recognition that a culture shift is required in order to create an environment promoting timely and affordable access to the civil justice system. This shift entails simplifying pretrial

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Winkler et les juges Laskin, Sharpe, Armstrong et Rouleau), 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1, 286 O.A.C. 3, 97 C.C.E.L. (3d) 25, 14 C.P.C. (7th) 242, 13 R.P.R. (5th) 167, 93 B.L.R. (4th) 1, 344 D.L.R. (4th) 193, 10 C.L.R. (4th) 17, [2011] O.J. No. 5431 (QL), 2011 CarswellOnt 13515 (*sub nom. Combined Air Mechanical Services Inc. c. Flesch*), qui a confirmé une décision du juge Grace, 2010 ONSC 5490, [2010] O.J. No. 4661 (QL), 2010 CarswellOnt 8325. Pourvoi rejeté.

*Sarit E. Batner, Brandon Kain et Moya J. Graham*, pour l'appelant.

*Javad Heydary, Jeffrey D. Landmann, David K. Alderson, Michelle Jackson et Jonathan A. Odumeru*, pour les intimés.

*Allan Rouben et Ronald P. Bohm*, pour l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association.

*Paul R. Sweeny et David Sterns*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — De nos jours, garantir l'accès à la justice constitue le plus grand défi à relever pour assurer la primauté du droit au Canada. Les procès sont de plus en plus coûteux et longs. La plupart des Canadiens n'ont pas les moyens d'intenter une action en justice lorsqu'ils subissent un préjudice ou de se défendre lorsqu'ils sont poursuivis; ils n'ont pas les moyens d'aller en procès. À défaut de moyens efficaces et accessibles de faire respecter les droits, la primauté du droit est compromise. L'évolution de la common law ne peut se poursuivre si les affaires civiles ne sont pas tranchées en public.

[2] On reconnaît de plus en plus qu'un virage culturel s'impose afin de créer un environnement favorable à l'accès expéditif et abordable au système de justice civile. Ce virage implique que

procedures and moving the emphasis away from the conventional trial in favour of proportional procedures tailored to the needs of the particular case. The balance between procedure and access struck by our justice system must come to reflect modern reality and recognize that new models of adjudication can be fair and just.

[3] Summary judgment motions provide one such opportunity. Following the *Civil Justice Reform Project: Summary of Findings and Recommendations* (2007) (the Osborne Report), Ontario amended the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 (Ontario Rules or Rules) to increase access to justice. This appeal, and its companion, *Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak*, 2014 SCC 8, [2014] 1 S.C.R. 126, address the proper interpretation of the amended Rule 20 (summary judgment motion).

[4] In interpreting these provisions, the Ontario Court of Appeal placed too high a premium on the “full appreciation” of evidence that can be gained at a conventional trial, given that such a trial is not a realistic alternative for most litigants. In my view, a trial is not required if a summary judgment motion can achieve a fair and just adjudication, if it provides a process that allows the judge to make the necessary findings of fact, apply the law to those facts, and is a proportionate, more expeditious and less expensive means to achieve a just result than going to trial.

[5] To that end, I conclude that summary judgment rules must be interpreted broadly, favouring proportionality and fair access to the affordable, timely and just adjudication of claims.

[6] As the Court of Appeal observed, the inappropriate use of summary judgment motions creates

l’on simplifie les procédures préalables au procès et que l’on insiste moins sur la tenue d’un procès conventionnel et plus sur des procédures proportionnées et adaptées aux besoins de chaque affaire. L’équilibre entre la procédure et l’accès à la justice qu’établit notre système de justice doit en venir à refléter la réalité contemporaine et à reconnaître que de nouveaux modèles de règlement des litiges peuvent être justes et équitables.

[3] La requête en vue d’obtenir un jugement sommaire offre une occasion d’atteindre ces objectifs. À la suite du rapport de 2007 intitulé *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations* (le rapport Osborne), l’Ontario a modifié ses *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194 (les *Règles* de l’Ontario ou les *Règles*) afin d’améliorer l’accès à la justice. Le présent pourvoi et le pourvoi connexe, *Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak*, 2014 CSC 8, [2014] 1 R.C.S. 126, portent sur l’interprétation correcte de la règle 20 (requête en jugement sommaire) modifiée.

[4] Lorsqu’elle a interprété les dispositions de cette règle, la Cour d’appel de l’Ontario a accordé trop d’importance à la « pleine appréciation » que l’on peut faire de la preuve lors d’un procès conventionnel, étant donné que pareil procès ne constitue pas une solution de rechange réaliste pour la plupart des parties à un litige. À mon avis, la tenue d’un procès n’est pas nécessaire si une requête en jugement sommaire peut déboucher sur une décision juste et équitable, si elle offre un processus qui permet au juge de tirer les conclusions de fait nécessaires, d’appliquer les règles de droit à ces faits et si elle constitue, par rapport au procès, un moyen proportionné, plus expéditif et moins onéreux d’arriver à un résultat juste.

[5] Je conclus à cette fin que les règles régissant les jugements sommaires doivent recevoir une interprétation large et propice à la proportionnalité et à l’accès équitable à un règlement abordable, expéditif et juste des demandes.

[6] Comme l’a indiqué la Cour d’appel, le recours inapproprié à la requête en jugement sommaire

its own costs and delays. However, judges can mitigate such risks by making use of their powers to manage and focus the process and, where possible, remain seized of the proceedings.

[7] While I differ in part on the interpretation of Rule 20, I agree with the Court of Appeal's disposition of the matter and would dismiss the appeal.

### I. Facts

[8] More than a decade ago, a group of American investors, led by Fred Mauldin (the Mauldin Group), placed their money in the hands of Canadian "traders". Robert Hryniak was the principal of the company Tropos Capital Inc., which traded in bonds and debt instruments; Gregory Peebles, is a corporate-commercial lawyer (formerly of Cassels Brock & Blackwell) who acted for Hryniak, Tropos and Robert Cranston, formerly a principal of a Panamanian company, Frontline Investments Inc.

[9] In June 2001, two members of the Mauldin Group met with Cranston, Peebles, and Hryniak, to discuss an investment opportunity.

[10] At the end of June 2001, the Mauldin Group wired US\$1.2 million to Cassels Brock, which was pooled with other funds and transferred to Tropos. A few months later, Tropos forwarded more than US\$10 million to an offshore bank, and the money disappeared. Hryniak claims that at this point, Tropos' funds, including the funds contributed by the Mauldin Group, were stolen.

[11] Beyond a small payment of US\$9,600 in February 2002, the Mauldin Group lost its investment.

occasionne lui-même des frais et des délais. Or, le juge peut atténuer ces risques en exerçant ses pouvoirs de gérer et de circonscrire la procédure et, si possible, en demeurant saisi de l'instance.

[7] Bien que mon interprétation de la règle 20 diffère en partie de celle de la Cour d'appel, je souscris à sa décision en l'espèce et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

### I. Les faits

[8] Il y a plus de 10 ans, un groupe d'investisseurs américains, dirigé par Fred Mauldin (le Groupe Mauldin), ont confié leur argent à des « courtiers » canadiens. Robert Hryniak était le dirigeant de la société Tropos Capital Inc., qui faisait le commerce des obligations et des titres de créance; Gregory Peebles, un avocat spécialisé en droit des sociétés et en droit commercial (ancien avocat du cabinet Cassels Brock & Blackwell), représentait M. Hryniak, Tropos et Robert Cranston, l'ancien dirigeant d'une société panaméenne, Frontline Investments Inc.

[9] Au mois de juin 2001, deux membres du Groupe Mauldin ont rencontré MM. Cranston, Peebles et Hryniak pour discuter d'une possibilité d'investissement.

[10] À la fin juin 2001, le Groupe Mauldin a viré 1,2 million de dollars américains à Cassels Brock; cette somme a été mise en commun avec d'autres fonds et transférée à Tropos. Quelques mois plus tard, Tropos a transféré plus de 10 millions de dollars américains à une banque étrangère et l'argent a disparu. M. Hryniak soutient qu'à ce stade, les fonds appartenant à Tropos, y compris ceux versés par le Groupe Mauldin, ont été dérobés.

[11] À part un paiement modique de 9 600 dollars américains versé en février 2002, le Groupe Mauldin a perdu son placement.

## II. Judicial History

### A. *Ontario Superior Court of Justice, 2010 ONSC 5490 (CanLII)*

[12] The Mauldin Group joined with Bruno Appliance and Furniture, Inc. (the appellants in the companion appeal) in an action for civil fraud against Hryniak, Peebles and Cassels Brock. They brought motions for summary judgment, which were heard together.

[13] In hearing the motions, the judge used his powers under the new Rule 20.04(2.1) to weigh the evidence, evaluate credibility, and draw inferences. He found that the Mauldin Group's money was disbursed by Cassels Brock to Hryniak's company, Tropos, but that there was no evidence to suggest that Tropos had ever set up a trading program. Contrary to the investment strategy that Hryniak had described to the investors, the Mauldin Group's money was placed in an account with the offshore New Savings Bank, and then disappeared. He rejected Hryniak's claim that members of the New Savings Bank had stolen the Mauldin Group's money.

[14] The motion judge concluded that a trial was not required against Hryniak. However, he dismissed the Mauldin Group's motion for summary judgment against Peebles, because that claim involved factual issues, particularly with respect to Peebles' credibility and involvement in a key meeting, which required a trial. Consequently, he also dismissed the motion for summary judgment against Cassels Brock, as those claims were based on the theory that the firm was vicariously liable for Peebles' conduct.

## II. Historique judiciaire

### A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2010 ONSC 5490 (CanLII)*

[12] Le Groupe Mauldin s'est joint à Bruno Appliance and Furniture, Inc. (l'appelante dans le pourvoi connexe) en vue d'intenter une action pour fraude civile contre M. Hryniak, M. Peebles et Cassels Brock. Ils ont présenté des requêtes en jugement sommaire qui ont été instruites ensemble.

[13] Lors de l'audition des requêtes, le juge a exercé les pouvoirs que lui confère le nouveau par. 20.04(2.1) des Règles pour apprécier la preuve, évaluer la crédibilité des témoins et tirer des conclusions de la preuve. Il a conclu que les fonds du Groupe Mauldin avaient été versés par Cassels Brock à la société de M. Hryniak, Tropos, mais qu'aucune preuve ne tendait à démontrer que Tropos ait jamais établi un programme de transaction de titres. Contrairement à la stratégie de placement que M. Hryniak avait présentée aux investisseurs, les fonds du Groupe Mauldin ont été placés dans un compte ouvert à une banque étrangère, la New Savings Bank, pour ensuite disparaître. Le juge a rejeté la prétention de M. Hryniak que des employés de la New Savings Bank avaient dérobé les fonds du Groupe Mauldin.

[14] Le juge saisi de la requête a conclu que la tenue d'un procès n'était pas nécessaire dans l'instance à l'égard de M. Hryniak. Toutefois, il a rejeté la requête du Groupe Mauldin visant à obtenir un jugement sommaire contre M. Peebles parce que cette demande soulevait des questions de fait, particulièrement en ce qui concerne la crédibilité de M. Peebles et sa participation à une réunion importante, questions qui nécessitaient la tenue d'un procès. Par conséquent, il a rejeté également la requête visant à obtenir un jugement sommaire contre Cassels Brock, puisque les demandes en cause reposaient sur la thèse selon laquelle ce cabinet était responsable du fait d'autrui pour la conduite de M. Peebles.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1*

[15] The Court of Appeal simultaneously heard Hryniak’s appeal of this matter, the companion *Bruno Appliance* appeal, and three other matters which are not before this Court. This was the first occasion on which the Court of Appeal considered the new Rule 20.

[16] The Court of Appeal set out a threshold test for when a motion judge could employ the new evidentiary powers available under Rule 20.04(2.1) to grant summary judgment under Rule 20.04(2)(a). Under this test, the “interest of justice” requires that the new powers be exercised only at trial, unless a motion judge can achieve the “full appreciation” of the evidence and issues required to make dispositive findings on a motion for summary judgment. The motion judge should assess whether the benefits of the trial process, including the opportunity to hear and observe witnesses, to have the evidence presented by way of a trial narrative, and to experience the fact-finding process first-hand, are necessary to fully appreciate the evidence in the case.

[17] The Court of Appeal suggested that cases requiring multiple factual findings, based on conflicting evidence from a number of witnesses, and involving an extensive record, are generally not fit for determination in this manner. Conversely, cases driven by documents, with few witnesses, and limited contentious factual issues are appropriate candidates for summary judgment.

[18] The Court of Appeal advised motion judges to make use of the power to hear oral evidence, under Rule 20.04(2.2), to hear only from a limited number of witnesses on discrete issues that are determinative of the case.

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1*

[15] La Cour d’appel a entendu en même temps l’appel interjeté par M. Hryniak, l’appel connexe contre Bruno Appliance et trois autres affaires dont notre Cour n’est pas saisie. C’était la première occasion pour la Cour d’appel d’examiner la nouvelle règle 20.

[16] La Cour d’appel a énoncé un critère préliminaire applicable pour déterminer dans quelles circonstances un juge saisi d’une requête peut exercer les nouveaux pouvoirs en matière de preuve prévus au par. 20.04(2.1) des Règles pour rendre un jugement sommaire en vertu de l’al. 20.04(2)a). Selon ce critère, « l’intérêt de la justice » exige que les nouveaux pouvoirs ne soient exercés que lors d’un procès, sauf si un juge saisi d’une requête peut procéder à la « pleine appréciation » de la preuve et des questions en litige qui s’impose pour tirer des conclusions décisives sur une requête en jugement sommaire. Le juge saisi de la requête doit déterminer si les avantages qu’offre la tenue d’un procès, notamment la possibilité d’entendre et d’observer les témoins, de faire présenter les éléments de preuve sous forme de récit et de participer soi-même à la recherche des faits, sont nécessaires pour apprécier pleinement la preuve au dossier.

[17] Selon la Cour d’appel, il ne convient pas en général de trancher de cette manière les affaires qui exigent du tribunal qu’il tire de multiples conclusions de fait, dans lesquelles plusieurs témoins ont fait des dépositions contradictoires et dont le dossier est volumineux. À l’inverse, les affaires qui se prêtent bien au jugement sommaire sont celles dans lesquelles les documents occupent une place prépondérante; il y a peu de témoins et les questions de fait litigieuses sont limitées.

[18] La Cour d’appel a conseillé aux juges saisis d’une requête d’exercer le pouvoir d’entendre des témoignages oraux, aux termes du par. 20.04(2.2) des Règles, et de n’entendre qu’un nombre restreint de témoins sur des questions distinctes qui sont déterminantes pour l’issue de l’affaire.

[19] The Court of Appeal concluded that, given its factual complexity and voluminous record, the Mauldin Group's action was the type of action for which a trial is generally required. There were numerous witnesses, various theories of liability against multiple defendants, serious credibility issues, and an absence of reliable documentary evidence. Moreover, since Hryniak and Peebles had cross-claimed against each other and a trial would nonetheless be required against the other defendants, summary judgment would not serve the values of better access to justice, proportionality, and cost savings.

[20] Despite concluding that this case was not an appropriate candidate for summary judgment, the Court of Appeal was satisfied that the record supported the finding that Hryniak had committed the tort of civil fraud against the Mauldin Group, and therefore dismissed Hryniak's appeal.

### III. Outline

[21] In determining the general principles to be followed with respect to summary judgment, I will begin with the values underlying timely, affordable and fair access to justice. Next, I will turn to the role of summary judgment motions generally and the interpretation of Rule 20 in particular. I will then address specific judicial tools for managing the risks of summary judgment motions.

[22] Finally, I will consider the appropriate standard of review and whether summary judgment should have been granted to the respondents.

### IV. Analysis

#### A. *Access to Civil Justice: A Necessary Culture Shift*

[23] This appeal concerns the values and choices underlying our civil justice system, and the ability

[19] La Cour d'appel a conclu que l'action intentée par le Groupe Mauldin était du type de celles qui nécessitent généralement la tenue d'un procès, compte tenu de la complexité des faits en cause et de son dossier volumineux. L'action exigeait l'audition de nombreux témoins, l'examen de plusieurs thèses relatives à la responsabilité de multiples défendeurs, l'examen de questions importantes de crédibilité et il n'y avait pas d'éléments de preuve documentaire fiables. De plus, puisque MM. Hryniak et Peebles avaient présenté des demandes entre défendeurs et qu'un procès serait néanmoins nécessaire contre les autres défendeurs, le jugement sommaire ne favoriserait pas le principe d'un meilleur accès à la justice, la proportionnalité et les économies.

[20] Bien qu'elle ait conclu que la présente affaire ne se prêtait pas à un jugement sommaire, la Cour d'appel était convaincue que le dossier étayait la conclusion selon laquelle M. Hryniak avait commis le délit de fraude civile à l'endroit du Groupe Mauldin et elle a par conséquent rejeté l'appel de M. Hryniak.

### III. Aperçu

[21] Pour établir les principes généraux applicables en matière de jugement sommaire, je me pencherai d'abord sur les valeurs qui sous-tendent l'accès expéditif, abordable et équitable à la justice. J'examinerai ensuite de façon générale le rôle de la requête en jugement sommaire et, plus particulièrement, l'interprétation de la règle 20. J'examinerai alors les outils judiciaires précis de gestion des risques posés par la requête en jugement sommaire.

[22] Enfin, j'examinerai la norme de contrôle applicable et la question de savoir s'il y avait lieu de rendre un jugement sommaire en faveur des intimés.

### IV. Analyse

#### A. *Accès au système de justice civile : un virage culturel nécessaire*

[23] Le présent pourvoi traite des valeurs et des choix à la base de notre système de justice

of ordinary Canadians to access that justice. Our civil justice system is premised upon the value that the process of adjudication must be fair and just. This cannot be compromised.

[24] However, undue process and protracted trials, with unnecessary expense and delay, can *prevent* the fair and just resolution of disputes. The full trial has become largely illusory because, except where government funding is available,<sup>1</sup> ordinary Canadians cannot afford to access the adjudication of civil disputes.<sup>2</sup> The cost and delay associated with the traditional process means that, as counsel for the intervenor the Advocates' Society (in *Bruno Appliance*) stated at the hearing of this appeal, the trial process denies ordinary people the opportunity to have adjudication. And while going to trial has long been seen as a last resort, other dispute resolution mechanisms such as mediation and settlement are more likely to produce fair and just results when adjudication remains a realistic alternative.

[25] Prompt judicial resolution of legal disputes allows individuals to get on with their lives. But, when court costs and delays become too great,

1 For instance, state funding is available in the child welfare context under *G. (J.)* orders even where legal aid is not available (see *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46), or for cases involving certain minority rights (see the Language Rights Support Program).

2 In M. D. Agrast, J. C. Botero and A. Ponce, the 2011 *Rule of Law Index*, published by the World Justice Project, Canada ranked 9th among 12 European and North American countries in access to justice. Although Canada scored among the top 10 countries in the world in four rule of law categories (limited government powers, order and security, open government, and effective criminal justice), its lowest scores were in access to civil justice. This ranking is "partially explained by shortcomings in the affordability of legal advice and representation, and the lengthy duration of civil cases" (p. 23).

civile, ainsi que de la faculté, pour les Canadiens ordinaires, d'avoir accès à ce système. Notre système de justice civile repose sur le principe que le processus décisionnel doit être juste et équitable. Ce principe ne souffre aucun compromis.

[24] Or, les formalités excessives et les procès interminables occasionnant des dépenses et des délais inutiles peuvent *faire obstacle* au règlement juste et équitable des litiges. La tenue d'un procès complet est devenue largement illusoire parce que, sans une contribution financière de l'État<sup>1</sup>, les Canadiens ordinaires n'ont pas les moyens d'avoir accès au règlement judiciaire des litiges civils<sup>2</sup>. Les coûts et les délais associés au processus traditionnel font en sorte que, comme l'a mentionné l'avocat de l'intervenante Advocates' Society (dans *Bruno Appliance*) à l'audition du présent pourvoi, le procès prive les gens ordinaires de la possibilité de faire trancher le litige. Alors que l'instruction d'une action en justice est depuis longtemps considérée comme une mesure de dernier recours, d'autres mécanismes de règlement des litiges, comme la médiation et la transaction, sont davantage susceptibles de donner des résultats justes et équitables lorsque la décision judiciaire demeure une solution de rechange réaliste.

[25] Le règlement expéditif des litiges par les tribunaux permet aux personnes concernées d'aller de l'avant. Toutefois, lorsque les coûts et les délais

1 Par exemple, l'État peut accorder des fonds dans des cas de protection de l'enfance à la suite d'ordonnances fondées sur l'arrêt *G. (J.)* même lorsque l'aide juridique n'est pas offerte (voir *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46), ou encore dans des cas où certains droits des minorités sont en jeu (voir le Programme d'appui aux droits linguistiques).

2 Dans l'édition de 2011 du *Rule of Law Index* de M. D. Agrast, J. C. Botero et A. Ponce, publié par le World Justice Project, le Canada se classait au 9<sup>e</sup> rang parmi 12 pays de l'Europe et de l'Amérique du Nord au chapitre de l'accès à la justice. Bien que le Canada se soit classé parmi les 10 premiers pays au monde dans quatre catégories liées à la primauté du droit (pouvoirs limités du gouvernement, maintien de l'ordre et de la sécurité, transparence du gouvernement et système de justice pénale efficace), il a enregistré ses résultats les plus faibles dans la catégorie de l'accès au système de justice civile. Ce classement [TRADUCTION] « s'explique en partie par les failles relevées dans l'accessibilité économique des conseils juridiques et des services de représentation ainsi que par la longue durée des instances civiles » (p. 23).



people look for alternatives or simply give up on justice. Sometimes, they choose to represent themselves, often creating further problems due to their lack of familiarity with the law.

[26] In some circles, private arbitration is increasingly seen as an alternative to a slow judicial process. But private arbitration is not the solution since, without an accessible public forum for the adjudication of disputes, the rule of law is threatened and the development of the common law undermined.

[27] There is growing support for alternative adjudication of disputes and a developing consensus that the traditional balance struck by extensive pre-trial processes and the conventional trial no longer reflects the modern reality and needs to be re-adjusted. A proper balance requires simplified and proportionate procedures for adjudication, and impacts the role of counsel and judges. This balance must recognize that a process can be fair and just, without the expense and delay of a trial, and that alternative models of adjudication are no less legitimate than the conventional trial.

[28] This requires a shift in culture. The principal goal remains the same: a fair process that results in a just adjudication of disputes. A fair and just process must permit a judge to find the facts necessary to resolve the dispute and to apply the relevant legal principles to the facts as found. However, that process is illusory unless it is also accessible — proportionate, timely and affordable. The proportionality principle means that the best forum for resolving a dispute is not always that with the most painstaking procedure.

[29] There is, of course, always some tension between accessibility and the truth-seeking function but, much as one would not expect a jury trial over a contested parking ticket, the procedures used to adjudicate civil disputes must fit the nature of the claim. If the process is disproportionate to the

judiciaires deviennent excessifs, les gens cherchent d'autres solutions ou renoncent tout simplement à obtenir justice. Ils décident parfois de se représenter eux-mêmes, ce qui entraîne souvent d'autres difficultés en raison de leur méconnaissance du droit.

[26] Dans certains milieux, l'arbitrage privé est de plus en plus considéré comme une solution de rechange à un processus judiciaire lent. Or, ce n'est pas la solution : en l'absence d'un forum public accessible pour faire trancher les litiges, la primauté du droit est compromise et l'évolution de la common law, freinée.

[27] Les solutions de rechange au règlement des différents recueillent de plus en plus d'appuis et il se dégage un consensus sur le fait que l'équilibre traditionnel entre les longues procédures préalables au procès et le procès conventionnel ne correspond plus à la réalité actuelle et doit être rajusté. L'atteinte d'un juste équilibre exige la mise en place de procédures de règlement des litiges simplifiées et proportionnées, et influe sur le rôle des avocats et des juges. Il faut reconnaître par cet équilibre qu'un processus peut être juste et équitable sans entraîner les dépenses et les délais propres au procès, et que les autres modèles de règlement des litiges sont aussi légitimes que le procès conventionnel.

[28] Un virage culturel s'impose. L'objectif principal demeure le même : une procédure équitable qui aboutit au règlement juste des litiges. Une procédure juste et équitable doit permettre au juge de dégager les faits nécessaires au règlement du litige et d'appliquer les principes juridiques pertinents aux faits établis. Or, cette procédure reste illusoire si elle n'est pas également accessible — soit proportionnée, expéditive et abordable. Le principe de la proportionnalité veut que le meilleur forum pour régler un litige ne soit pas toujours celui dont la procédure est la plus laborieuse.

[29] De toute évidence, il existe toujours un certain tiraillement entre l'accessibilité et la fonction de recherche de la vérité, mais, tout comme l'on ne s'attend pas à la tenue d'un procès avec jury dans le cas d'une contravention de stationnement contestée, les procédures en place pour trancher des

nature of the dispute and the interests involved, then it will not achieve a fair and just result.

[30] The proportionality principle is now reflected in many of the provinces' rules and can act as a touchstone for access to civil justice.<sup>3</sup> For example, Ontario Rules 1.04(1) and (1.1) provide:

**1.04 (1)** These rules shall be liberally construed to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every civil proceeding on its merits.

(1.1) In applying these rules, the court shall make orders and give directions that are proportionate to the importance and complexity of the issues, and to the amount involved, in the proceeding.

[31] Even where proportionality is not specifically codified, applying rules of court that involve discretion “includes . . . an underlying principle of proportionality which means taking account of the appropriateness of the procedure, its cost and impact on the litigation, and its timeliness, given the nature and complexity of the litigation”: *Szeto v. Dwyer*, 2010 NLCA 36, 297 Nfld. & P.E.I.R. 311, at para. 53.

[32] This culture shift requires judges to actively manage the legal process in line with the principle of proportionality. While summary judgment motions can save time and resources, like most pre-trial procedures, they can also slow down the proceedings if used inappropriately. While judges can and should play a role in controlling such risks,

<sup>3</sup> This principle has been expressly codified in British Columbia, Ontario, and Quebec: *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, Rule 1-3(2); *Ontario Rules*, Rule 1.04(1.1); and *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 4.2. Aspects of Alberta's and Nova Scotia's rules of court have also been interpreted as reflecting proportionality: *Medicine Shoppe Canada Inc. v. Devchand*, 2012 ABQB 375, 541 A.R. 312, at para. 11; *Saturley v. CIBC World Markets Inc.*, 2011 NSSC 4, 297 N.S.R. (2d) 371, at para. 12.

litiges civils doivent être adaptées à la nature de la demande. Si la procédure est disproportionnée par rapport à la nature du litige et aux intérêts en jeu, elle n'aboutira pas à un résultat juste et équitable.

[30] Le principe de la proportionnalité trouve aujourd'hui son expression dans les règles de procédure de nombreuses provinces et peut constituer la pierre d'assise de l'accès au système de justice civile<sup>3</sup>. Par exemple, les par. 1.04(1) et (1.1) des *Règles* de l'Ontario prévoient ce qui suit :

**1.04 (1)** Les présentes règles doivent recevoir une interprétation large afin d'assurer la résolution équitable sur le fond de chaque instance civile, de la façon la plus expéditive et la moins onéreuse.

(1.1) Lorsqu'il applique les présentes règles, le tribunal rend des ordonnances et donne des directives qui sont proportionnées à l'importance et au degré de complexité des questions en litige ainsi qu'au montant en jeu dans l'instance.

[31] Même si la proportionnalité n'est pas expressément codifiée, l'application de règles de procédure qui font intervenir un pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] « englobe [. . .] un principe sous-jacent de proportionnalité, selon lequel il faut tenir compte de l'opportunité de la procédure, de son coût, de son incidence sur le litige et de sa célérité, selon la nature et la complexité du litige » : *Szeto c. Dwyer*, 2010 NLCA 36, 297 Nfld. & P.E.I.R. 311, par. 53.

[32] Ce virage culturel oblige les juges à gérer activement le processus judiciaire dans le respect du principe de la proportionnalité. La requête en jugement sommaire peut permettre d'économiser temps et ressources, mais, à l'instar de la plupart des procédures préalables au procès, elle peut ralentir l'instance si elle est utilisée de manière

<sup>3</sup> Ce principe a été expressément codifié en Colombie-Britannique, en Ontario et au Québec : *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, par. 1-3(2); *Règles* de l'Ontario, par. 1.04(1.1); et *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 4.2. Certaines dispositions des règles de procédure de l'Alberta et de la Nouvelle-Écosse ont également été considérées comme illustrant la proportionnalité : *Medicine Shoppe Canada Inc. c. Devchand*, 2012 ABQB 375, 541 A.R. 312, par. 11; *Saturley c. CIBC World Markets Inc.*, 2011 NSSC 4, 297 N.S.R. (2d) 371, par. 12.

counsel must, in accordance with the traditions of their profession, act in a way that facilitates rather than frustrates access to justice. Lawyers should consider their client's limited means and the nature of their case and fashion proportionate means to achieve a fair and just result.

[33] A complex claim may involve an extensive record and a significant commitment of time and expense. However, proportionality is inevitably comparative; even slow and expensive procedures can be proportionate when they are the fastest and most efficient alternative. The question is whether the added expense and delay of fact finding at trial is necessary to a fair process and just adjudication.

#### B. *Summary Judgment Motions*

[34] The summary judgment motion is an important tool for enhancing access to justice because it can provide a cheaper, faster alternative to a full trial. With the exception of Quebec, all provinces feature a summary judgment mechanism in their respective rules of civil procedure.<sup>4</sup> Generally, summary judgment is available where there is no genuine issue for trial.

[35] Rule 20 is Ontario's summary judgment procedure, under which a party may move for summary judgment to grant or dismiss all or part of a claim. While Ontario's Rule 20 in some ways goes further than other rules throughout the country, the values

<sup>4</sup> Quebec has a procedural device for disposing of abusive claims summarily: see arts. 54.1 *et seq.* of the *Code of Civil Procedure*. While this procedural device is narrower on its face, it has been likened to summary judgment: see *Bal Global Finance Canada Corp. v. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2010 QCCS 325 (CanLII). Moreover, s. 165(4) of the *Code* provides that the defendant may ask for an action to be dismissed if the suit is "unfounded in law".

inappropriée. Bien que les juges puissent contribuer à la réduction de ce risque, et devraient le faire, les avocats doivent, conformément aux traditions de leur profession, agir de manière à faciliter plutôt qu'à empêcher l'accès à la justice. Ils devraient ainsi tenir compte des moyens limités de leurs clients et de la nature de leur dossier et élaborer des moyens proportionnés d'arriver à un résultat juste et équitable.

[33] Une demande complexe peut comporter un dossier volumineux et exiger un investissement important en temps et en argent. Toutefois, la proportionnalité est forcément de nature comparative; même les procédures lentes et coûteuses peuvent s'avérer proportionnées lorsqu'elles constituent la solution la plus rapide et la plus efficace. La question est de savoir si les frais et les délais additionnels occasionnés par la recherche des faits lors du procès sont essentiels à un processus décisionnel juste et équitable.

#### B. *Requêtes en jugement sommaire*

[34] La requête en jugement sommaire constitue un outil important pour faciliter l'accès à la justice parce qu'elle peut offrir une solution de rechange au procès complet plus abordable et plus rapide que celui-ci. À l'exception du Québec, toutes les provinces prévoient dans leurs règles de procédure civile respectives des dispositions relatives au jugement sommaire<sup>4</sup>. En règle générale, le tribunal peut rendre un jugement sommaire si aucune véritable question litigieuse ne requiert un procès.

[35] La règle 20 énonce la procédure de jugement sommaire à suivre en Ontario; une partie peut demander, par voie de requête, un jugement sommaire accueillant ou rejetant en totalité ou en partie la demande. Bien que la règle 20 de l'Ontario

<sup>4</sup> Le Québec dispose d'un mécanisme procédural pour écarter sommairement les demandes abusives : voir les art. 54.1 et suiv. du *Code de procédure civile*. Bien qu'il ait une portée plus circonscrite à première vue, ce mécanisme a été assimilé au jugement sommaire : voir *Bal Global Finance Canada Corp. c. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2010 QCCS 325 (CanLII). De plus, selon le par. 165(4) du *Code*, le défendeur peut solliciter le rejet de l'action si la demande « n'est pas fondée en droit ».

and principles underlying its interpretation are of general application.

[36] Rule 20 was amended in 2010, following the recommendations of the Osborne Report, to improve access to justice. These reforms embody the evolution of summary judgment rules from highly restricted tools used to weed out clearly unmeritorious claims or defences to their current status as a legitimate alternative means for adjudicating and resolving legal disputes.

[37] Early summary judgment rules were quite limited in scope and were available only to plaintiffs with claims based on debt or liquidated damages, where no real defence existed.<sup>5</sup> Summary judgment existed to avoid the waste of a full trial in a clear case.

[38] In 1985, the then new Rule 20 extended the availability of summary judgement to both plaintiffs and defendants and broadened the scope of cases that could be disposed of on such a motion. The rules were initially interpreted expansively, in line with the purposes of the rule changes.<sup>6</sup> However, appellate jurisprudence limited the powers of judges and effectively narrowed the purpose of motions for summary judgment to merely ensuring that: “claims that have no chance of success [are] weeded out at an early stage”.<sup>7</sup>

aille en quelque sorte plus loin que d’autres règles applicables ailleurs au pays, les valeurs et les principes sur lesquels repose son interprétation sont d’application générale.

[36] Afin d’améliorer l’accès à la justice, la règle 20 a été modifiée en 2010 suivant les recommandations formulées dans le rapport Osborne. Ces réformes incarnent l’évolution des règles régissant les jugements sommaires, lesquelles passent du statut d’outil à usage très restreint visant à écarter les demandes ou défenses manifestement dénuées de fondement à celui de solution de rechange légitime pour trancher et régler les litiges d’ordre juridique.

[37] Les premières règles régissant les jugements sommaires avaient une portée assez limitée et seul pouvait y avoir recours le demandeur dont la réclamation visait une créance ou des dommages-intérêts conventionnels et à laquelle aucune véritable défense ne pouvait être opposée<sup>5</sup>. La procédure de jugement sommaire avait pour raison d’être de prévenir le recours injustifié au procès complet dans un cas manifeste.

[38] En 1985, ce qui était alors la nouvelle règle 20 a permis tant au demandeur qu’au défendeur de solliciter un jugement sommaire et a élargi l’éventail des affaires pouvant être tranchées sur requête en ce sens. Au départ, les dispositions de cette règle étaient interprétées libéralement, en conformité avec l’objet des modifications apportées à la règle<sup>6</sup>. Toutefois, les cours d’appel ont limité les pouvoirs des juges et circonscrit en fait l’objet des requêtes en jugement sommaire pour simplement faire en sorte que « les demandes qui n’ont aucune chance de succès soient écartées tôt dans le processus »<sup>7</sup>.

5 For a thorough review of the history of summary judgment in Ontario, see T. Walsh and L. Posloski, “Establishing a Workable Test for Summary Judgment: Are We There Yet?”, in T. L. Archibald and R. S. Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2013* (2013), 419, at pp. 422-32.

6 Walsh and Posloski, at p. 426; for example, see *Vaughan v. Warner Communications, Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242 (H.C.J.).

7 *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372, at para. 10.

5 Pour un examen approfondi de l’historique du jugement sommaire en Ontario, voir T. Walsh et L. Posloski, « Establishing a Workable Test for Summary Judgment : Are We There Yet? », dans T. L. Archibald et R. S. Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation 2013* (2013), 419, p. 422-432.

6 Walsh et Posloski, p. 426; voir, p. ex., *Vaughan c. Warner Communications, Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242 (H.C.J.).

7 *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372, par. 10.

[39] The Ontario Government commissioned former Ontario Associate Chief Justice Coulter Osborne, Q.C., to consider reforms to make the Ontario civil justice system more accessible and affordable, leading to the report of the Civil Justice Reform Project. The Osborne Report concluded that few summary judgment motions were being brought and, if the summary judgment rule was to work as intended, the appellate jurisprudence that had narrowed the scope and utility of the rule had to be reversed (p. 35). Among other things, it recommended that summary judgment be made more widely available, that judges be given the power to weigh evidence on summary judgment motions, and that judges be given discretion to direct that oral evidence be presented (pp. 35-36).

[40] The report also recommended the adoption of a summary trial procedure similar to that employed in British Columbia (p. 37). This particular recommendation was not adopted, and the legislature made the choice to maintain summary judgment as the accessible procedure.

[41] Many of the Osborne Report's recommendations were taken up and implemented in 2010. As noted above, the amendments codify the proportionality principle and provide for efficient adjudication when a conventional trial is not required. They offer significant new tools to judges, which allow them to adjudicate more cases through summary judgment motions and attenuate the risks when such motions do not resolve the entire case.

[42] Rule 20.04 now reads in part:<sup>8</sup>

**20.04 . . .**

(2) [General] The court shall grant summary judgment if,

[39] Le gouvernement de l'Ontario a demandé à l'ancien juge en chef adjoint de l'Ontario, M. Coulter Osborne, c.r., d'envisager des réformes pour rendre le système de justice civile ontarien plus accessible et abordable, ce qui a mené au rapport du Projet de réforme du système de justice civile. Le rapport Osborne conclut que peu de requêtes en jugement sommaire ont été présentées et que si la règle du jugement sommaire devait donner les résultats escomptés, il fallait infirmer les arrêts des cours d'appel qui en avaient restreint la portée et l'utilité (p. 35). L'auteur du rapport recommande entre autres choses que l'on rende plus accessible le recours à la procédure de jugement sommaire, que l'on accorde au juge saisi d'une requête en jugement sommaire le pouvoir d'apprécier la preuve, et que l'on confère au juge le pouvoir d'ordonner la présentation de témoignages oraux (p. 35-36).

[40] L'auteur du rapport recommande également l'adoption d'une procédure de procès sommaire semblable à celle appliquée en Colombie-Britannique (p. 37). Cette recommandation particulière n'a pas été adoptée et le législateur a choisi de maintenir la procédure de jugement sommaire comme procédure accessible.

[41] Bon nombre des recommandations du rapport Osborne ont été adoptées et mises en œuvre en 2010. Comme je l'ai déjà mentionné, ces modifications codifient le principe de la proportionnalité et prévoient un processus décisionnel efficace dans les cas où la tenue d'un procès conventionnel n'est pas nécessaire. Les juges disposent ainsi de nouveaux outils importants qui leur permettent de trancher plus de litiges sur requête en jugement sommaire et qui atténuent les risques lorsque pareille requête ne permet pas de trancher l'affaire dans son ensemble.

[42] Aujourd'hui, la règle 20.04 prévoit notamment ce qui suit<sup>8</sup> :

**20.04 . . .**

(2) [Dispositions générales] Le tribunal rend un jugement sommaire si, selon le cas :

<sup>8</sup> The full text of Rule 20 is attached as an Appendix.

<sup>8</sup> Le texte intégral de la règle 20 figure en annexe.

- (a) the court is satisfied that there is no genuine issue requiring a trial with respect to a claim or defence; or
- (b) the parties agree to have all or part of the claim determined by a summary judgment and the court is satisfied that it is appropriate to grant summary judgment.

(2.1) [Powers] In determining under clause (2)(a) whether there is a genuine issue requiring a trial, the court shall consider the evidence submitted by the parties and, if the determination is being made by a judge, the judge may exercise any of the following powers for the purpose, unless it is in the interest of justice for such powers to be exercised only at a trial:

1. Weighing the evidence.
2. Evaluating the credibility of a deponent.
3. Drawing any reasonable inference from the evidence.

(2.2) [Oral Evidence (Mini-Trial)] A judge may, for the purposes of exercising any of the powers set out in subrule (2.1), order that oral evidence be presented by one or more parties, with or without time limits on its presentation.

[43] The Ontario amendments changed the test for summary judgment from asking whether the case presents “a genuine issue for trial” to asking whether there is a “genuine issue requiring a trial”. The new rule, with its enhanced fact-finding powers, demonstrates that a trial is not the default procedure. Further, it eliminated the presumption of substantial indemnity costs against a party that brought an unsuccessful motion for summary judgment, in order to avoid deterring the use of the procedure.

- a) il est convaincu qu’une demande ou une défense ne soulève pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’une instruction;
- b) il est convaincu qu’il est approprié de rendre un jugement sommaire et les parties sont d’accord pour que tout ou partie de la demande soit décidé par jugement sommaire.

(2.1) [Pouvoirs] Lorsqu’il décide, aux termes de l’alinéa (2)a), s’il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’une instruction, le tribunal tient compte des éléments de preuve présentés par les parties et, si la décision doit être rendue par un juge, ce dernier peut, à cette fin, exercer l’un ou l’autre des pouvoirs suivants, à moins qu’il ne soit dans l’intérêt de la justice de ne les exercer que lors d’un procès :

1. Apprécier la preuve.
2. Évaluer la crédibilité d’un déposéant.
3. Tirer une conclusion raisonnable de la preuve.

(2.2) [Témoignage oral (mini-procès)] Un juge peut, dans le but d’exercer les pouvoirs prévus au paragraphe (2.1), ordonner que des témoignages oraux soient présentés par une ou plusieurs parties, avec ou sans limite de temps pour leur présentation.

[43] Les modifications apportées en Ontario ont eu pour effet de modifier le critère applicable aux jugements sommaires en remplaçant la question de savoir si la cause ne « soulève pas de question litigieuse » par celle de savoir si la cause soulève une « véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’une instruction ». Il appert de la nouvelle règle, qui prévoit des pouvoirs accrus en matière de recherche des faits, que la tenue d’un procès ne constitue pas la procédure par défaut. En outre, afin de ne pas dissuader les parties de recourir à cette procédure, la nouvelle règle a eu pour effet de supprimer la présomption suivant laquelle l’auteur de la requête débouté devait être condamné aux dépens d’indemnisation substantielle.

[44] The new powers in Rules 20.04(2.1) and (2.2) expand the number of cases in which there will be no genuine issue requiring a trial by permitting motion judges to weigh evidence, evaluate credibility and draw reasonable inferences.<sup>9</sup>

[45] These new fact-finding powers are discretionary and are presumptively available; they may be exercised *unless* it is in the interest of justice for them to be exercised only at a trial; Rule 20.04(2.1). Thus, the amendments are designed to transform Rule 20 from a means to weed out unmeritorious claims to a significant alternative model of adjudication.

[46] I will first consider when summary judgment can be granted on the basis that there is “no genuine issue requiring a trial” (Rule 20.04(2)(a)). Second, I will discuss when it is against the “interest of justice” for the new fact-finding powers in Rule 20.04(2.1) to be used on a summary judgment motion. Third, I will consider the power to call oral evidence and, finally, I will lay out the process to be followed on a motion for summary judgment.

(1) When Is There No Genuine Issue Requiring a Trial?

[47] Summary judgment motions must be granted whenever there is no genuine issue requiring a trial (Rule 20.04(2)(a)). In outlining how to determine

<sup>9</sup> As fully canvassed by the Court of Appeal, the powers in Rule 20.04(2.1) were designed specifically to overrule a number of long-standing appellate decisions that had dramatically restricted the use of the rule; *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161 (C.A.); *Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (Ont. C.A.).

[44] Les nouveaux pouvoirs prévus aux par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles augmentent le nombre d'affaires qui ne soulèvent pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès en permettant au juge saisi d'une requête d'apprécier la preuve, d'évaluer la crédibilité et de tirer des conclusions raisonnables<sup>9</sup>.

[45] Ces nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits ont un caractère discrétionnaire et sont présumés pouvoir être exercés; ils peuvent l'être *à moins* qu'il ne soit dans l'intérêt de la justice de ne les exercer que lors d'un procès; par. 20.04(2.1) des Règles. Par conséquent, les modifications font en sorte que la règle 20 ne soit plus seulement un moyen d'écarter des demandes sans fondement mais qu'elle devienne un important modèle de rechange pour les décisions.

[46] Premièrement, j'examinerai les circonstances où le tribunal peut rendre un jugement sommaire en raison de l'absence de « véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'une instruction » (al. 20.04(2)a) des Règles). Deuxièmement, j'examinerai les circonstances dans lesquelles il est contraire à « l'intérêt de la justice » d'exercer les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits prévus au par. 20.04(2.1) des Règles lors de l'audition d'une requête en jugement sommaire. Troisièmement, j'examinerai le pouvoir d'ordonner la présentation de témoignages oraux et, enfin, j'énoncerai la procédure à suivre dans le cas d'une requête en jugement sommaire.

(1) Dans quels cas n'y a-t-il aucune véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès?

[47] La requête en jugement sommaire doit être accueillie dans tous les cas où il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue

<sup>9</sup> Comme l'a expliqué en détail la Cour d'appel, les pouvoirs prévus au par. 20.04(2.1) des Règles visaient explicitement à infirmer plusieurs arrêts de longue date des cours d'appel qui avaient restreint considérablement le recours à la règle; *Aguonie c. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161 (C.A.); *Dawson c. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (C.A. Ont.).

whether there is such an issue, I focus on the goals and principles that underlie whether to grant motions for summary judgment. Such an approach allows the application of the rule to evolve organically, lest categories of cases be taken as rules or preconditions which may hinder the system's transformation by discouraging the use of summary judgment.

[48] The Court of Appeal did not explicitly focus upon when there is a genuine issue requiring a trial. However, in considering whether it is against the interest of justice to use the new fact-finding powers, the court suggested that summary judgment would most often be appropriate when cases were document driven, with few witnesses and limited contentious factual issues, or when the record could be supplemented by oral evidence on discrete points. These are helpful observations but, as the court itself recognized, should not be taken as delineating firm categories of cases where summary judgment is and is not appropriate. For example, while this case is complex, with a voluminous record, the Court of Appeal ultimately agreed that there was no genuine issue requiring a trial.

[49] There will be no genuine issue requiring a trial when the judge is able to reach a fair and just determination on the merits on a motion for summary judgment. This will be the case when the process (1) allows the judge to make the necessary findings of fact, (2) allows the judge to apply the law to the facts, and (3) is a proportionate, more expeditious and less expensive means to achieve a just result.

[50] These principles are interconnected and all speak to whether summary judgment will provide

d'un procès (al. 20.04(2)a) des Règles). Pour exposer la façon de déterminer l'existence d'une telle question, je m'attache aux objectifs et aux principes sous-jacents à la décision d'accueillir ou non une requête en jugement sommaire. Une telle façon de faire permet l'évolution naturelle de l'application de la règle, sinon les catégories de cas seront considérées comme des règles ou des conditions préalables qui risquent de nuire à la métamorphose du système en décourageant le recours au jugement sommaire.

[48] La Cour d'appel n'a pas explicitement déterminé les circonstances dans lesquelles il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. Or, en se demandant si l'exercice des nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits est contraire à l'intérêt de la justice, elle a laissé entendre qu'il est le plus souvent indiqué de rendre un jugement sommaire dans des affaires où les documents occupent une place prépondérante, où il y a peu de témoins et de questions de fait litigieuses, ou encore des affaires dans lesquelles il est possible de compléter le dossier en présentant des témoignages oraux sur des points distincts. Voilà autant d'observations utiles qui, comme la Cour d'appel l'a elle-même reconnu, ne devraient cependant pas être considérées comme circonscrivant des catégories étanches de cas où il convient ou non de rendre un jugement sommaire. Par exemple, malgré la complexité de la présente affaire et son dossier volumineux, la Cour d'appel a finalement reconnu l'absence de question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès.

[49] Il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès lorsque le juge est en mesure de statuer justement et équitablement au fond sur une requête en jugement sommaire. Ce sera le cas lorsque la procédure de jugement sommaire (1) permet au juge de tirer les conclusions de fait nécessaires, (2) lui permet d'appliquer les règles de droit aux faits et (3) constitue un moyen proportionné, plus expéditif et moins coûteux d'arriver à un résultat juste.

[50] Ces principes sont interreliés et reviennent tous à se demander si le jugement sommaire



a fair and just adjudication. When a summary judgment motion allows the judge to find the necessary facts and resolve the dispute, proceeding to trial would generally not be proportionate, timely or cost effective. Similarly, a process that does not give a judge confidence in her conclusions can never be the proportionate way to resolve a dispute. It bears reiterating that the standard for fairness is not whether the procedure is as exhaustive as a trial, but whether it gives the judge confidence that she can find the necessary facts and apply the relevant legal principles so as to resolve the dispute.

[51] Often, concerns about credibility or clarification of the evidence can be addressed by calling oral evidence on the motion itself. However, there may be cases where, given the nature of the issues and the evidence required, the judge cannot make the necessary findings of fact, or apply the legal principles to reach a just and fair determination.

## (2) The Interest of Justice

[52] The enhanced fact-finding powers granted to motion judges in Rule 20.04(2.1) may be employed on a motion for summary judgment unless it is in the “interest of justice” for them to be exercised only at trial. The “interest of justice” is not defined in the Rules.

[53] To determine whether the interest of justice allowed the motion judge to use her new powers, the Court of Appeal required a motion judge to ask herself “can the full appreciation of the evidence and issues that is required to make dispositive findings be achieved by way of summary judgment, or can this full appreciation only be achieved by way of a trial?” (para. 50).

[54] The Court of Appeal identified the benefits of a trial that contribute to this full appreciation of

constituera une décision juste et équitable. Lorsqu’une requête en jugement sommaire permet au juge d’établir les faits nécessaires et de régler le litige, la tenue d’un procès ne serait généralement ni proportionnée, ni expéditive, ni économique. Dans le même ordre d’idées, un processus qui ne permet pas au juge de tirer ses conclusions avec confiance ne saurait jamais constituer un moyen proportionné de régler un litige. Il importe de répéter que la norme d’équité consiste à déterminer non pas si la procédure visée est aussi exhaustive que la tenue d’un procès, mais si elle permet au juge de pouvoir, avec confiance, établir les faits nécessaires et appliquer les principes juridiques pertinents pour régler le litige.

[51] Souvent, il est possible de dissiper les doutes concernant la crédibilité ou d’éclaircir la preuve par la présentation de témoignages oraux au moment de l’audition de la requête elle-même. Toutefois, il peut y avoir des cas où, vu la nature des questions soulevées et la preuve à produire, le juge ne peut tirer les conclusions de fait nécessaires, ni appliquer les principes juridiques qui permettent d’arriver à une décision juste et équitable.

## (2) L’intérêt de la justice

[52] Lors de l’audition d’une requête en jugement sommaire, le juge peut exercer les pouvoirs accrus en matière de recherche des faits que lui confère le par. 20.04(2.1) des Règles, à moins qu’il ne soit dans « l’intérêt de la justice » de ne les exercer que lors d’un procès. L’expression « intérêt de la justice » n’est pas définie dans les Règles.

[53] Pour déterminer s’il était dans l’intérêt de la justice que le juge saisi d’une requête exerce ses nouveaux pouvoirs, la Cour d’appel a obligé ce dernier à se poser la question suivante : [TRADUCTION] « . . . la pleine appréciation de la preuve et des questions litigieuses qui s’impose pour tirer des conclusions décisives peut-elle se faire par voie de jugement sommaire ou uniquement au moyen d’un procès? » (par. 50).

[54] La Cour d’appel a recensé les avantages de la tenue d’un procès qui contribuent à cette pleine

the evidence: the narrative that counsel can build through trial, the ability of witnesses to speak in their own words, and the assistance of counsel in sifting through the evidence (para. 54).

[55] The respondents, as well as the interveners, the Canadian Bar Association, the Attorney General of Ontario and the Advocates' Society, submit that the Court of Appeal's emphasis on the virtues of the traditional trial is misplaced and unduly restrictive. Further, some of these interveners submit that this approach may result in the creation of categories of cases inappropriate for summary judgment, and this will limit the development of the summary judgment vehicle.

[56] While I agree that a motion judge must have an appreciation of the evidence necessary to make dispositive findings, such an appreciation is not only available at trial. Focussing on how much and what kind of evidence could be adduced at a trial, as opposed to whether a trial is "requir[ed]" as the Rule directs, is likely to lead to the bar being set too high. The interest of justice cannot be limited to the advantageous features of a conventional trial, and must account for proportionality, timeliness and affordability. Otherwise, the adjudication permitted with the new powers — and the purpose of the amendments — would be frustrated.

[57] On a summary judgment motion, the evidence need not be equivalent to that at trial, but must be such that the judge is confident that she can fairly resolve the dispute. A documentary record, particularly when supplemented by the new fact-finding tools, including ordering oral testimony, is often sufficient to resolve material issues fairly and justly. The powers provided in Rules 20.04(2.1) and (2.2) can provide an equally valid, if less extensive, manner of fact finding.

appréciation de la preuve, à savoir l'exposé que l'avocat peut présenter lors d'un procès, la possibilité pour les témoins de s'exprimer dans leurs propres mots et l'aide des avocats pour passer en revue les éléments de preuve (par. 54).

[55] Les intimés ainsi que les intervenants, soit l'Association du Barreau canadien, le procureur général de l'Ontario et l'Advocates' Society, plaident que l'importance accordée par la Cour d'appel aux vertus du procès traditionnel est injustifiée et indûment restrictive. De plus, selon certains intervenants, cette approche peut donner lieu à la création de catégories de cas qui ne se prêtent pas à un jugement sommaire, ce qui aura pour effet de freiner l'évolution de la procédure de jugement sommaire.

[56] Je conviens certes que le juge saisi d'une requête doit avoir une connaissance de la preuve nécessaire pour tirer des conclusions décisives, mais le procès n'est pas le seul moyen d'acquérir cette connaissance. Mettre l'accent sur la quantité et la nature des éléments de preuve qui peuvent être présentés au procès, plutôt que sur la question de savoir si la tenue d'un procès est « nécessaire », comme le prévoit la règle, pourrait amener le juge à fixer un critère trop exigeant. L'intérêt de la justice ne saurait être limité aux caractéristiques avantageuses du procès conventionnel et il doit tenir compte de la proportionnalité, de la célérité et de l'accessibilité économique. Sinon, le processus décisionnel permis par les nouveaux pouvoirs — ainsi que l'objet des modifications — seraient contrariés.

[57] Dans le cadre de la procédure par jugement sommaire, il n'est pas nécessaire que la preuve soit la même que celle présentée lors d'un procès, mais elle doit être telle que le juge soit confiant de pouvoir résoudre équitablement le litige. La preuve documentaire, surtout si elle est complétée au moyen des nouveaux outils de recherche des faits, y compris des témoignages oraux, est souvent suffisante pour trancher des questions importantes de manière juste et équitable. L'exercice des pouvoirs prévus aux par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles peut déboucher sur une recherche des faits tout aussi valable, voire plus brève.

[58] This inquiry into the interest of justice is, by its nature, comparative. Proportionality is assessed in relation to the full trial. It may require the motion judge to assess the relative efficiencies of proceeding by way of summary judgment, as opposed to trial. This would involve a comparison of, among other things, the cost and speed of both procedures. (Although summary judgment may be expensive and time consuming, as in this case, a trial may be even more expensive and slower.) It may also involve a comparison of the evidence that will be available at trial and on the motion as well as the opportunity to fairly evaluate it. (Even if the evidence available on the motion is limited, there may be no reason to think better evidence would be available at trial.)

[59] In practice, whether it is against the “interest of justice” to use the new fact-finding powers will often coincide with whether there is a “genuine issue requiring a trial”. It is logical that, when the use of the new powers would enable a judge to fairly and justly adjudicate a claim, it will generally not be against the interest of justice to do so. What is fair and just turns on the nature of the issues, the nature and strength of the evidence and what is the proportional procedure.

[60] The “interest of justice” inquiry goes further, and also considers the consequences of the motion in the context of the litigation as a whole. For example, if some of the claims against some of the parties will proceed to trial in any event, it may not be in the interest of justice to use the new fact-finding powers to grant summary judgment against a single defendant. Such partial summary judgment may run the risk of duplicative proceedings or inconsistent findings of fact and therefore the use of the powers may not be in the interest of justice. On the other hand, the resolution of an important claim against a key party could significantly advance

[58] Cette analyse de l’intérêt de la justice est, de par sa nature, comparative. La proportionnalité se mesure à l’aune du procès complet. Le juge saisi d’une requête peut devoir évaluer l’efficacité relative de la procédure de jugement sommaire par rapport au procès. Cette analyse impliquerait une comparaison, entre autres facteurs, du coût et de la rapidité des deux procédures. (La procédure de jugement sommaire peut s’avérer onéreuse et prendre beaucoup de temps, comme en l’espèce, mais la tenue d’un procès peut être encore plus coûteuse et plus lente.) L’analyse peut impliquer aussi une comparaison de la preuve qui sera présentée au procès et de la preuve qui accompagne la requête, ainsi que de la possibilité d’apprécier équitablement la preuve. (Même si la preuve présentée avec la requête est limitée, il n’y a peut-être aucune raison de croire qu’une meilleure preuve sera présentée lors du procès.)

[59] En pratique, la question de savoir si l’exercice des nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits est contraire à « l’intérêt de la justice » équivaudra souvent à se demander s’il existe une « véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’une instruction ». Logiquement, lorsqu’il permettrait au juge de trancher une demande de manière juste et équitable, l’exercice des nouveaux pouvoirs serait généralement dans l’intérêt de la justice. Le caractère juste et équitable de la décision dépend de la nature des questions litigieuses, de la nature et de la valeur probante de la preuve, ainsi que de ce qui constitue la procédure proportionnée.

[60] L’analyse de « l’intérêt de la justice » va plus loin et tient également compte des répercussions de la requête dans le contexte du litige dans son ensemble. Par exemple, si certaines des demandes contre certaines des parties seront de toute façon tranchées à l’issue d’un procès, il peut ne pas être dans l’intérêt de la justice d’exercer les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits pour rendre un jugement sommaire contre un seul défendeur. Un tel jugement sommaire partiel risque d’entraîner des procédures répétitives ou de mener à des conclusions de fait contradictoires; par conséquent, l’exercice de ces pouvoirs n’est peut-être pas dans

access to justice, and be the most proportionate, timely and cost effective approach.

(3) The Power to Hear Oral Evidence

[61] Under Rule 20.04(2.2), the motion judge is given the power to hear oral evidence to assist her in making findings under Rule 20.04(2.1). The decision to allow oral evidence rests with the motion judge since, as the Court of Appeal noted, “it is the motion judge, not counsel, who maintains control over the extent of the evidence to be led and the issues to which the evidence is to be directed” (para. 60).

[62] The Court of Appeal suggested the motion judge should only exercise this power when

- (1) oral evidence can be obtained from a small number of witnesses and gathered in a manageable period of time;
- (2) any issue to be dealt with by presenting oral evidence is likely to have a significant impact on whether the summary judgment motion is granted; and
- (3) any such issue is narrow and discrete — *i.e.*, the issue can be separately decided and is not enmeshed with other issues on the motion. [para. 103]

This is useful guidance to ensure that the hearing of oral evidence does not become unmanageable; however, as the Court of Appeal recognized, these are not absolute rules.

[63] This power should be employed when it allows the judge to reach a fair and just adjudication on the merits and it is the proportionate course of action. While this is more likely to be the case when the oral evidence required is limited, there will be cases where extensive oral evidence can be heard

l’intérêt de la justice. Par contre, le règlement d’une demande importante visant une partie clé pourrait favoriser nettement l’accès à la justice et constituer la mesure la plus proportionnée, expéditive et économique.

(3) Le pouvoir d’entendre des témoignages oraux

[61] Le paragraphe 20.04(2.2) des Règles confère au juge saisi d’une requête le pouvoir d’entendre des témoignages oraux pour tirer plus facilement des conclusions aux termes du par. 20.04(2.1). La décision d’autoriser la présentation d’un témoignage oral appartient au juge puisque, comme l’a souligné la Cour d’appel, [TRADUCTION] « c’est le juge saisi de la requête, et non les avocats, qui peut exercer un contrôle sur l’étendue de la preuve à présenter et sur les questions auxquelles se rapporte celle-ci » (par. 60).

[62] Selon la Cour d’appel, le juge saisi d’une requête ne devrait exercer ce pouvoir que lorsque

[TRADUCTION]

- (1) il est possible d’entendre, dans un délai raisonnable, les témoignages oraux d’un nombre restreint de témoins;
- (2) toute question à traiter par la présentation d’un témoignage oral aura vraisemblablement une incidence importante sur l’accueil ou le rejet de la requête en jugement sommaire; et
- (3) une telle question est précise et distincte — *c’est-à-dire* que la question peut être tranchée séparément et n’est pas liée aux autres questions sur lesquelles porte la requête. [par. 103]

Ces indications sont utiles pour assurer que l’audition des témoignages oraux ne devient pas ingérable; toutefois, comme l’a reconnu la Cour d’appel, ces règles ne sont pas absolues.

[63] Ce pouvoir devrait être exercé lorsqu’il permet au juge de rendre une décision juste et équitable sur le fond et que son exercice constitue la marche à suivre proportionnée. Ce sera plus probablement le cas lorsque le témoignage oral requis est succinct, mais dans certains cas, la requête en jugement

on the motion for summary judgment, avoiding the need for a longer, more complex trial and without compromising the fairness of the procedure.

[64] Where a party seeks to lead oral evidence, it should be prepared to demonstrate why such evidence would assist the motion judge in weighing the evidence, assessing credibility, or drawing inferences and to provide a “will say” statement or other description of the proposed evidence so that the judge will have a basis for setting the scope of the oral evidence.

[65] Thus, the power to call oral evidence should be used to promote the fair and just resolution of the dispute in light of principles of proportionality, timeliness and affordability. In tailoring the nature and extent of oral evidence that will be heard, the motion judge should be guided by these principles, and remember that the process is not a full trial on the merits but is designed to determine if there is a genuine issue requiring a trial.

(4) The Roadmap/Approach to a Motion for Summary Judgment

[66] On a motion for summary judgment under Rule 20.04, the judge should first determine if there is a genuine issue requiring trial based only on the evidence before her, *without* using the new fact-finding powers. There will be no genuine issue requiring a trial if the summary judgment process provides her with the evidence required to fairly and justly adjudicate the dispute and is a timely, affordable and proportionate procedure, under Rule 20.04(2)(a). If there appears to be a genuine issue requiring a trial, she should then determine if the need for a trial can be avoided by using the new powers under Rules 20.04(2.1) and (2.2). She may, at her discretion, use those powers, provided that their use is not against the interest of justice. Their use will not be against the interest of justice if they will lead to a fair and just result and will

sommaire comportera l’audition de longs témoignages oraux, ce qui permettra d’éviter des procès plus longs et plus complexes sans compromettre l’équité de la procédure.

[64] La partie qui cherche à présenter des témoignages oraux doit être prête, d’une part, à démontrer en quoi ils aideraient le juge saisi de la requête à apprécier la preuve, à évaluer la crédibilité des déposants ou à tirer des conclusions de la preuve et, d’autre part, à fournir une déclaration anticipée ou un autre exposé de la preuve proposée afin de permettre au juge d’établir la portée des témoignages oraux.

[65] Ainsi, le pouvoir d’ordonner la présentation de témoignages oraux devrait servir à favoriser le règlement juste et équitable du litige compte tenu des principes de proportionnalité, de célérité et d’accessibilité économique. Lorsqu’il établit la nature et l’étendue des témoignages oraux qui seront entendus, le juge saisi de la requête devrait s’inspirer de ces principes et se rappeler que ce processus ne constitue pas un procès complet sur le fond mais qu’il vise plutôt à déterminer s’il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès.

(4) Marche à suivre pour trancher une requête en jugement sommaire

[66] Lors de l’audition d’une requête en jugement sommaire aux termes de la règle 20.04, le juge devrait en premier lieu décider, compte tenu uniquement de la preuve dont il dispose et *sans* recourir aux nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits, s’il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès. Il n’y aura pas de question de ce genre si la procédure de jugement sommaire lui fournit la preuve nécessaire pour trancher justement et équitablement le litige et constitue une procédure expéditive, abordable et proportionnée selon l’al. 20.04(2)a) des Règles. S’il semble y avoir une véritable question nécessitant la tenue d’un procès, le juge devrait alors déterminer si l’exercice des nouveaux pouvoirs prévus aux par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles écartera la nécessité d’un procès. Le juge peut exercer ces

serve the goals of timeliness, affordability and proportionality in light of the litigation as a whole.

[67] Inquiring first as to whether the use of the powers under Rule 20.04(2.1) will allow the dispute to be resolved by way of summary judgment, before asking whether the interest of justice requires that those powers be exercised only at trial, emphasizes that these powers are presumptively available, rather than exceptional, in line with the goal of proportionate, cost-effective and timely dispute resolution. As well, by first determining the consequences of using the new powers, the benefit of their use is clearer. This will assist in determining whether it is in the interest of justice that they be exercised only at trial.

[68] While summary judgment *must* be granted if there is no genuine issue requiring a trial,<sup>10</sup> the decision to use either the expanded fact-finding powers or to call oral evidence is discretionary.<sup>11</sup> The discretionary nature of this power gives the judge some flexibility in deciding the appropriate course of action. This discretion can act as a safety valve in cases where the use of such powers would clearly be inappropriate. There is always the risk that clearly unmeritorious motions for summary judgment could be abused and used tactically to add time and expense. In such cases, the motion judge may choose to decline to exercise her discretion

10 Rule 20.04(2): “The court shall grant summary judgment if, (a) the court is satisfied that there is no genuine issue requiring a trial . . . .”

11 Rule 20.04(2.1): “In determining . . . whether there is a genuine issue requiring a trial . . . if the determination is being made by a judge, the judge may exercise any of the following powers . . . 1. Weighing the evidence. 2. Evaluating the credibility of a deponent. 3. Drawing any reasonable inference from the evidence.” Rule 20.04(2.2): “A judge may . . . order that oral evidence be presented . . . .”

pouvoirs à son gré, pourvu que leur exercice ne soit pas contraire à l’intérêt de la justice. Leur exercice ne sera pas contraire à l’intérêt de la justice s’il aboutit à un résultat juste et équitable et permettra d’atteindre les objectifs de célérité, d’accessibilité économique et de proportionnalité, compte tenu du litige dans son ensemble.

[67] En cherchant d’abord à déterminer si l’exercice des pouvoirs prévus au par. 20.04(2.1) des Règles permettra de régler le litige par voie de jugement sommaire, avant de se demander s’il est dans l’intérêt de la justice que ces pouvoirs ne soient exercés que lors d’un procès, on souligne le fait que ces pouvoirs peuvent être exercés en règle générale, plutôt qu’à titre exceptionnel, conformément à l’objectif d’un règlement des litiges proportionné, économique et expéditif. De même, lorsqu’on détermine en premier lieu les conséquences du recours à ces nouveaux pouvoirs, les avantages qu’offre leur exercice apparaissent plus clairement. Cette façon de procéder aidera à déterminer s’il est dans l’intérêt de la justice que ces pouvoirs ne soient exercés que lors d’un procès.

[68] Bien qu’un jugement sommaire *doive* être rendu en l’absence d’une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès<sup>10</sup>, la décision d’exercer le pouvoir élargi en matière de recherche des faits ou le pouvoir d’ordonner la présentation de témoignages oraux est de nature discrétionnaire<sup>11</sup>. Ce caractère discrétionnaire de la décision du juge lui laisse une certaine latitude lorsqu’il décide de la marche à suivre. De plus, la nature discrétionnaire de cette décision peut servir de soupape dans les cas où l’exercice de ces pouvoirs serait de toute évidence inapproprié. Le risque de recours abusif à des requêtes en jugement sommaire clairement dénuées

10 Paragraphe 20.04(2) des Règles : « Le tribunal rend un jugement sommaire si, selon le cas : a) il est convaincu qu’une demande ou une défense ne soulève pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’une instruction . . . »

11 Paragraphe 20.04(2.1) des Règles : « Lorsqu’il décide [. . .] s’il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’une instruction [. . .] et, si la décision doit être rendue par un juge, ce dernier peut, à cette fin, exercer l’un ou l’autre des pouvoirs suivants [. . .] 1. Apprécier la preuve. 2. Évaluer la crédibilité d’un déposant. 3. Tirer une conclusion raisonnable de la preuve. » Paragraphe 20.04(2.2) des Règles : « Un juge peut [. . .] ordonner que des témoignages oraux soient présentés . . . »

to use those powers and dismiss the motion for summary judgment, without engaging in the full inquiry delineated above.

C. *Tools to Maximize the Efficiency of a Summary Judgment Motion*

(1) Controlling the Scope of a Summary Judgment Motion

[69] The Ontario *Rules* and a superior court's inherent jurisdiction permit a motion judge to be involved early in the life of a motion, in order to control the size of the record, and to remain active in the event the motion does not resolve the entire action.

[70] The Rules provide for early judicial involvement, through Rule 1.05, which allows for a motion for directions, to manage the time and cost of the summary judgment motion. This allows a judge to provide directions with regard to the timelines for filing affidavits, the length of cross-examination, and the nature and amount of evidence that will be filed. However, motion judges must also be cautious not to impose administrative measures that add an unnecessary layer of cost.

[71] Not all motions for summary judgment will require a motion for directions. However, failure to bring such a motion where it was evident that the record would be complex or voluminous may be considered when dealing with costs consequences under Rule 20.06(a). In line with the principle of proportionality, the judge hearing the motion for directions should generally be seized of the summary judgment motion itself, ensuring the knowledge she has developed about the case does not go to waste.

[72] I agree with the Court of Appeal (at paras. 58 and 258) that a motion for directions also provides the responding party with the opportunity

de fondement comme tactique pour entraîner des frais et des retards est toujours présent. Dans ces cas, le juge peut refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire et rejeter la requête en jugement sommaire sans procéder à l'analyse complète exposée ci-dessus.

C. *Outils permettant d'optimiser l'efficacité de la requête en jugement sommaire*

(1) Circonscrire la portée de la requête en jugement sommaire

[69] Les *Règles* de l'Ontario et la compétence inhérente d'une cour supérieure permettent au juge saisi d'une requête d'intervenir rapidement après la présentation de la requête afin de limiter la taille du dossier, et de continuer de jouer un rôle actif si la requête ne permet pas de trancher tout le litige.

[70] Les Règles prévoient l'intervention hâtive du tribunal par l'application de la règle 1.05, qui permet de lui demander par requête des directives pour gérer les délais et les dépens afférents à une requête en jugement sommaire. Le juge peut ainsi donner des directives relatives aux délais de dépôt des affidavits, à la durée des contre-interrogatoires et à la nature et la quantité des éléments de preuve à déposer. Toutefois, le juge doit également prendre garde d'imposer des mesures administratives qui entraînent des frais supplémentaires non nécessaires.

[71] La requête en jugement sommaire ne nécessite pas dans tous les cas une demande de directives. Toutefois, l'omission de présenter une telle demande lorsqu'il était évident que le dossier serait complexe ou volumineux peut être prise en compte au moment d'attribuer des dépens en application de l'al. 20.06a) des Règles. Conformément au principe de la proportionnalité, le juge qui instruit la requête en vue d'obtenir des directives devrait généralement être saisi de la requête en jugement sommaire elle-même pour assurer que la connaissance qu'il a acquise du dossier ne serve pas à rien.

[72] Je suis d'accord avec la Cour d'appel (par. 58 et 258) pour dire que la requête en vue d'obtenir des directives donne également à l'intimé l'occasion de

to seek an order to stay or dismiss a premature or improper motion for summary judgment. This may be appropriate to challenge lengthy, complex motions, particularly on the basis that they would not sufficiently advance the litigation, or serve the principles of proportionality, timeliness and affordability.

[73] A motion for summary judgment will not always be the most proportionate way to dispose of an action. For example, an early date may be available for a short trial, or the parties may be prepared to proceed with a summary trial. Counsel should always be mindful of the most proportionate procedure for their client and the case.

(2) Salvaging a Failed Summary Judgment Motion

[74] Failed, or even partially successful, summary judgment motions add — sometimes astronomically — to costs and delay. However, this risk can be attenuated by a judge who makes use of the trial management powers provided in Rule 20.05 and the court’s inherent jurisdiction.

[75] Rules 20.05(1) and (2) provide in part:

**20.05** (1) Where summary judgment is refused or is granted only in part, the court may make an order specifying what material facts are not in dispute and defining the issues to be tried, and order that the action proceed to trial expeditiously.

(2) If an action is ordered to proceed to trial under subrule (1), the court may give such directions or impose such terms as are just . . . .

[76] Rules 20.05(2)(a) through (p) outline a number of specific trial management orders that may be appropriate. The court may: set a schedule; provide a restricted discovery plan; set a trial date; require payment into court of the claim; or order security for costs. The court may order that: the parties deliver a concise summary of their opening statement; the

demandeur la suspension ou le rejet d’une requête en jugement sommaire prématurée ou irrégulière. Une telle demande peut permettre de contester des requêtes longues et complexes, surtout lorsque celles-ci ne feraient pas progresser suffisamment l’instance ou ne favoriseraient pas les objectifs de proportionnalité, de célérité et d’accessibilité économique.

[73] La requête en jugement sommaire ne constituera pas toujours le moyen le plus proportionné de trancher une action en justice. Par exemple, il arrive qu’un court procès puisse avoir lieu tôt ou que les parties soient disposées à procéder par procès sommaire. Les avocats devraient toujours tenir compte de la procédure la plus proportionnée pour leur client et le dossier.

(2) Mettre à profit les éléments d’une requête en jugement sommaire rejetée

[74] Qu’elle soit rejetée ou même accueillie en partie, la requête en jugement sommaire occasionne des frais et des délais additionnels — parfois astronomiques. Le juge peut toutefois atténuer ce risque en exerçant la compétence inhérente du tribunal et les pouvoirs de gestion de l’instance prévus à la règle 20.05.

[75] Les paragraphes 20.05(1) et (2) des Règles prévoient notamment ce qui suit :

**20.05** (1) Si le jugement sommaire est refusé ou n’est accordé qu’en partie, le tribunal peut rendre une ordonnance dans laquelle il précise les faits pertinents qui ne sont pas en litige et les questions qui doivent être instruites. Il peut également ordonner que l’action soit instruite de façon expéditive.

(2) Le tribunal qui ordonne l’instruction d’une action en vertu du paragraphe (1) peut donner les directives ou imposer les conditions qu’il estime justes . . . .

[76] Les alinéas 20.05(2)a) à p) des Règles énumèrent plusieurs ordonnances précises de gestion de l’instance qui peuvent convenir. Le tribunal peut dresser un calendrier, établir un plan d’enquête préalable assorti de limites, fixer la date du procès, ordonner la consignation de la somme demandée ou le versement d’un cautionnement pour dépens. Le



parties deliver a written summary of the anticipated evidence of a witness; any oral examination of a witness at trial will be subject to a time limit or; the evidence of a witness be given in whole or in part by affidavit.

[77] These powers allow the judge to use the insight she gained from hearing the summary judgment motion to craft a trial procedure that will resolve the dispute in a way that is sensitive to the complexity and importance of the issue, the amount involved in the case, and the effort expended on the failed motion. The motion judge should look to the summary trial as a model, particularly where affidavits filed could serve as the evidence of a witness, subject to time-limited examinations and cross-examinations. Although the Rules did not adopt the Osborne Report's recommendation of a summary trial model, this model already exists under the simplified rules or on consent. In my view, the summary trial model would also be available further to the broad powers granted to a judge under Rule 20.05(2).

[78] Where a motion judge dismisses a motion for summary judgment, in the absence of compelling reasons to the contrary, she should also seize herself of the matter as the trial judge. I agree with the Osborne Report that the involvement of a single judicial officer throughout

saves judicial time since parties will not have to get a different judge up to speed each time an issue arises in the case. It may also have a calming effect on the conduct of litigious parties and counsel, as they will come to predict how the judicial official assigned to the case might rule on a given issue. [p. 88]

[79] While such an approach may complicate scheduling, to the extent that current scheduling practices prevent summary judgment motions being used in an efficient and cost effective manner, the

tribunal peut aussi ordonner la remise par les parties d'un résumé concis de leur déclaration préliminaire, la remise par les parties d'un résumé écrit de la déposition prévue d'un témoin, la limitation de la durée de tout interrogatoire oral d'un témoin au procès, ou la présentation par affidavit de tout ou partie de la déposition d'un témoin.

[77] Ces pouvoirs permettent au juge de mettre à profit les connaissances acquises lors de l'audition de la requête en jugement sommaire pour élaborer une procédure d'instruction de nature à régler le litige en tenant compte de la complexité et de l'importance de la question soulevée, de la somme en jeu et des efforts déployés lors de l'instruction de la requête rejetée. Le juge saisi de la requête devrait s'inspirer de la procédure d'instruction sommaire, en particulier lorsque les affidavits déposés serviraient de dépositions, sous réserve d'interrogatoires et de contre-interrogatoires d'une durée limitée. Bien que les Règles n'aient pas adopté le modèle de l'instruction sommaire recommandé dans le rapport Osborne, ce modèle est déjà prévu par les règles simplifiées ou peut être utilisé du consentement des parties. À mon avis, le modèle de l'instruction sommaire pourrait également s'appliquer si le juge exerce les vastes pouvoirs que lui confère le par. 20.05(2) des Règles.

[78] Le juge qui rejette une requête en jugement sommaire devrait également se saisir de l'instance à titre de juge du procès à moins que des raisons impérieuses l'en empêchent. Je suis d'accord avec le rapport Osborne pour dire que la gestion du litige par un seul fonctionnaire judiciaire

permet à la cour d'économiser du temps étant donné que les parties n'ont pas à mettre un juge différent au fait chaque fois qu'un problème survient relativement à la cause. Elle peut également avoir un effet de modération sur le comportement des parties litigantes et des avocats, qui en viendront à prévoir la façon dont le fonctionnaire judiciaire affecté à la cause pourrait statuer sur une question donnée. [p. 105]

[79] Une telle approche risque de compliquer l'établissement du calendrier, dans la mesure où les pratiques actuelles en la matière empêchent de recourir de façon efficace et économique à la

courts should be prepared to change their practices in order to facilitate access to justice.

#### D. *Standard of Review*

[80] The Court of Appeal concluded that determining the appropriate test for summary judgment — whether there is a genuine issue requiring a trial — is a legal question, reviewable on a correctness standard, while any factual determinations made by the motion judge will attract deference.

[81] In my view, absent an error of law, the exercise of powers under the new summary judgment rule attracts deference. When the motion judge exercises her new fact-finding powers under Rule 20.04(2.1) and determines whether there is a genuine issue requiring a trial, this is a question of mixed fact and law. Where there is no extricable error in principle, findings of mixed fact and law should not be overturned absent palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 36.

[82] Similarly, the question of whether it is in the “interest of justice” for the motion judge to exercise the new fact-finding powers provided by Rule 20.04(2.1) depends on the relative evidence available at the summary judgment motion and at trial, the nature, size, complexity and cost of the dispute and other contextual factors. Such a decision is also a question of mixed fact and law which attracts deference.

[83] Provided that it is not against the “interest of justice”, a motion judge’s decision to exercise the new powers is discretionary. Thus, unless the motion judge misdirected herself, or came to a decision that is so clearly wrong that it resulted in an injustice, her decision should not be disturbed.

requête en jugement sommaire, mais les tribunaux devraient être disposés à modifier leurs habitudes afin de faciliter l’accès à la justice.

#### D. *Norme de contrôle*

[80] La Cour d’appel a conclu que le choix du critère à appliquer en matière de jugement sommaire — déterminer s’il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès — est une question de droit, susceptible de révision selon la norme de la décision correcte, alors que les conclusions de fait tirées par le juge saisi de la requête commandent la retenue.

[81] À mon avis, en l’absence d’une erreur de droit, l’exercice des pouvoirs que confère la nouvelle règle relative au jugement sommaire commande la retenue. Lorsque le juge saisi d’une requête exerce ses nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits, que lui confère le par. 20.04(2.1) des Règles, et détermine s’il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès, il s’agit d’une question mixte de fait et de droit. Lorsqu’il n’y a aucune erreur de principe isolable, les conclusions mixtes de fait et de droit ne doivent pas être infirmées en l’absence d’erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 36.

[82] De même, la réponse à la question de savoir s’il est dans « l’intérêt de la justice » que le juge saisi d’une requête exerce les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits prévus au par. 20.04(2.1) des Règles dépend de la preuve relative présentée lors de l’audition de la requête en jugement sommaire et au procès, de la nature, de l’envergure, de la complexité et du coût du litige, ainsi que d’autres facteurs contextuels. Cette décision constitue également une question mixte de fait et de droit qui commande la retenue.

[83] Pourvu qu’elle ne soit pas contraire à « l’intérêt de la justice », la décision du juge saisi d’une requête d’exercer les nouveaux pouvoirs est de nature discrétionnaire. Par conséquent, à moins que le juge ne se soit fondé sur des considérations erronées ou que sa décision soit erronée au point de créer une injustice, il n’y a pas lieu de modifier sa décision.

[84] Of course, where the motion judge applies an incorrect principle of law, or errs with regard to a purely legal question, such as the elements that must be proved for the plaintiff to make out her cause of action, the decision will be reviewed on a correctness standard: *Housen*, at para. 8.

E. *Did the Motion Judge Err by Granting Summary Judgment?*

[85] The motion judge granted summary judgment in favour of the Mauldin Group. While the Court of Appeal found that the action should not have been decided by summary judgment, it nevertheless dismissed the appeal. Hryniak argues this constituted “prospective overruling” but, in light of my conclusion that the motion judge was entitled to proceed by summary judgment, I need not consider these submissions further. For the reasons that follow, I am satisfied that the motion judge did not err in granting summary judgment.

(1) The Tort of Civil Fraud

[86] The action underlying this motion for summary judgment was one for civil fraud brought against Hryniak, Peebles, and Cassels Brock.

[87] As discussed in the companion *Bruno Appliance* appeal, the tort of civil fraud has four elements, which must be proven on a balance of probabilities: (1) a false representation by the defendant; (2) some level of knowledge of the falsehood of the representation on the part of the defendant (whether knowledge or recklessness); (3) the false representation caused the plaintiff to act; (4) the plaintiff’s actions resulted in a loss.

(2) Was There a Genuine Issue Requiring a Trial?

[88] In granting summary judgment to the Mauldin Group against Hryniak, the motion judge did not explicitly address the correct test for civil

[84] Évidemment, si le juge saisi d’une requête applique un mauvais principe de droit ou fait erreur relativement à une pure question de droit, comme les éléments dont le demandeur doit prouver l’existence pour établir sa cause d’action, la norme de contrôle applicable sera celle de la décision correcte : *Housen*, par. 8.

E. *Le juge saisi de la requête a-t-il eu tort de rendre un jugement sommaire?*

[85] Le juge saisi de la requête a rendu un jugement sommaire en faveur du Groupe Mauldin. Bien qu’elle ait conclu que l’action n’aurait pas dû être tranchée par jugement sommaire, la Cour d’appel a quand même rejeté l’appel. Selon M. Hryniak, la Cour d’appel a fait un [TRADUCTION] « revirement pour l’avenir » mais, vu ma conclusion selon laquelle le juge pouvait à bon droit trancher l’action par jugement sommaire, je n’ai pas à examiner plus à fond ces arguments. Pour les motifs qui suivent, je suis convaincue que le juge n’a pas eu tort de rendre un jugement sommaire.

(1) Le délit de fraude civile

[86] C’est une action pour fraude civile intentée contre M. Hryniak, M. Peebles et le cabinet Cassels Brock qui est à l’origine de la requête en jugement sommaire.

[87] Comme il est expliqué dans le pourvoi connexe *Bruno Appliance*, le délit de fraude civile comporte quatre éléments dont il faut prouver l’existence selon la prépondérance des probabilités : (1) une fausse déclaration du défendeur; (2) une certaine connaissance de la fausseté de la déclaration de la part du défendeur (connaissance ou insouciance); (3) le fait que la fausse déclaration a amené le demandeur à agir; (4) le fait que les actes du demandeur ont entraîné une perte.

(2) Existait-il une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès?

[88] Le juge saisi de la requête n’a pas traité explicitement du critère qu’il convient d’appliquer à la fraude civile lorsqu’il a prononcé un jugement

fraud but, like the Court of Appeal, I am satisfied that his findings support that result.

[89] The first element of civil fraud is a false representation by the defendant. The Court of Appeal agreed with the motion judge that “[u]nquestionably, the Mauldin group was induced to invest with Hryniak because of what Hryniak said to Fred Mauldin” at the meeting of June 19, 2001 (at para. 158), and this was not disputed in the appellant’s factum.

[90] The motion judge found the requisite knowledge or recklessness as to the falsehood of the representation, the second element of civil fraud, based on Hryniak’s lack of effort to ensure that the funds would be properly invested and failure to verify that the eventual end-point of the funds, New Savings Bank, was secure. The motion judge also rejected the defence that the funds were stolen, noting Hryniak’s feeble efforts to recover the funds, waiting some 15 months to report the apparent theft of US\$10.2 million.

[91] The motion judge also found an intention on the part of Hryniak that the Mauldin Group would act on his false representations, the third requirement of civil fraud. Hryniak secured a US\$76,000 loan for Fred Mauldin and conducted a “test trade”, actions which, in the motion judge’s view, were “undertaken . . . for the purpose of dissuading the Mauldin group from demanding the return of its investment” (para. 113). Moreover, the motion judge detailed Hryniak’s central role in the web of deception that caused the Mauldin Group to invest its funds and that dissuaded them from seeking their return for some time after they had been stolen.

[92] The final requirement of civil fraud, loss, is clearly present. The Mauldin Group invested

sommaire en faveur du Groupe Mauldin contre M. Hryniak. Toutefois, à l’instar de la Cour d’appel, je suis convaincue que les conclusions du juge étayaient ce résultat.

[89] Une fausse déclaration du défendeur constitue le premier élément de la fraude civile. La Cour d’appel partageait l’avis du juge que [TRADUCTION] « [s]ans aucun doute, le Groupe Mauldin a été amené à investir avec Hryniak en raison des propos adressés par M. Hryniak à Fred Mauldin » lors de la réunion du 19 juin 2001 (par. 158), ce que l’appelant ne conteste pas dans son mémoire.

[90] Le juge saisi de la requête a conclu à l’existence de la connaissance ou de l’insouciance requise quant à la fausseté de la déclaration, en l’occurrence le deuxième élément de la fraude civile, en raison de l’absence de démarches de la part de M. Hryniak pour s’assurer que les fonds seraient adéquatement investis et de son omission de vérifier que le destinataire éventuel des fonds, la New Savings Bank, était un établissement sûr. Le juge a également rejeté la thèse invoquée en défense selon laquelle les fonds avaient été dérobés, soulignant les démarches limitées prises par M. Hryniak pour recouvrer les fonds, celui-ci ayant attendu quelque 15 mois avant de signaler le vol apparent de 10,2 millions de dollars américains.

[91] Le juge saisi de la requête a conclu également à l’intention de M. Hryniak que ses fausses déclarations incitent le Groupe Mauldin à agir, ce qui constitue le troisième élément de la fraude civile. M. Hryniak a contracté un prêt de 76 000 dollars américains pour le compte de Fred Mauldin et a [TRADUCTION] « simulé une transaction », des gestes qui, selon le juge, ont été « posés [. . .] dans le but de dissuader le Groupe Mauldin d’exiger le remboursement de son placement » (par. 113). De plus, le juge a exposé en détail le rôle capital joué par M. Hryniak dans la multitude de tromperies qui ont amené le Groupe Mauldin à investir ses fonds et qui l’ont dissuadé de demander leur remboursement pendant quelque temps après que les fonds eurent été dérobés.

[92] Le dernier élément de la fraude civile, la perte, est manifestement présent. Le Groupe

US\$1.2 million and, but for a small return of US\$9,600 in February 2002, lost its investment.

[93] The motion judge found no credible evidence to support Hryniak's claim that he was a legitimate trader, and the outcome was therefore clear, so the motion judge concluded there was no issue requiring a trial. He made no palpable and overriding error in granting summary judgment.

(3) Did the Interest of Justice Preclude the Motion Judge From Using His Powers Under Rule 20.04?

[94] The motion judge did not err in exercising his fact-finding powers under Rule 20.04(2.1). He was prepared to sift through the detailed record, and was of the view that sufficient evidence had been presented on all relevant points to allow him to draw the inferences necessary to make dispositive findings under Rule 20. Further, while the amount involved is significant, the issues raised by Hryniak's defence were fairly straightforward. As the Court of Appeal noted, at root, the question turned on whether Hryniak had a legitimate trading program that went awry when the funds were stolen, or whether his program was a sham from the outset (para. 159). The plaintiffs are a group of elderly American investors and, at the return date of the motion, had been deprived of their funds for nearly a decade. The record was sufficient to make a fair and just determination and a timely resolution of the matter was called for. While the motion was complex and expensive, going to trial would have cost even more and taken even longer.

[95] Despite the fact that the Mauldin Group's claims against Peebles and Cassels Brock had to

Mauldin a investi 1,2 million de dollars américains et, à part un rendement pour la modique somme de 9 600 dollars américains reçue en février 2002, il a perdu son placement.

[93] Le juge saisi de la requête a conclu qu'il n'existait pas d'élément de preuve crédible à l'appui de la prétention de M. Hryniak selon laquelle ce dernier était un courtier légitime et l'issue était donc claire. Le juge a par conséquent conclu qu'il n'y avait pas de question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. Il n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en rendant un jugement sommaire.

(3) L'intérêt de la justice empêchait-il le juge saisi de la requête d'exercer les pouvoirs que lui confère la règle 20.04?

[94] Le juge saisi de la requête n'a pas commis d'erreur en exerçant les pouvoirs en matière de recherche des faits que lui confère le par. 20.04(2.1) des Règles. Il était disposé à examiner minutieusement le dossier détaillé et était d'avis que les éléments de preuve présentés sur tous les points pertinents suffisaient pour lui permettre de tirer les inférences nécessaires à la formulation de conclusions décisives en vertu de la règle 20. En outre, malgré l'importance de la somme en cause, les moyens invoqués par M. Hryniak dans sa défense étaient relativement simples. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, il s'agissait fondamentalement de savoir si M. Hryniak avait mis en place un programme légitime de transaction de titres qui a mal tourné lorsque les fonds ont été dérobés, ou si son programme était factice depuis le début (par. 159). Les demandeurs forment un groupe d'investisseurs américains âgés qui, à la date de l'audition de la requête, avaient été privés de leurs fonds depuis près de 10 ans. Le dossier était suffisant pour permettre de rendre une décision juste et équitable et il fallait trancher l'affaire de façon expéditive. Bien que la requête se soit révélée complexe et onéreuse, la tenue d'un procès aurait été encore plus coûteuse et aurait duré encore plus longtemps.

[95] Même si les actions intentées par le Groupe Mauldin contre M. Peebles et le cabinet Cassels

proceed to trial, there is little reason to believe that granting summary judgment against Hryniak would have a prejudicial impact on the trial of the remaining issues. While the extent of the other defendants' involvement in the fraud requires a trial, that matter is not predetermined by the conclusion that Hryniak clearly was a perpetrator of the fraud. The motion judge's findings speak specifically to Hryniak's involvement and neither rely upon, nor are inconsistent with, the liability of others. His findings were clearly supported by the evidence. It was neither against the interest of justice for the motion judge to use his fact-finding powers nor was his discretionary decision to do so tainted with error.

#### V. Conclusion

[96] Accordingly, I would dismiss the appeal, with costs to the respondents.

### APPENDIX

*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194

#### RULE 20 SUMMARY JUDGMENT

**20.01** [Where Available] (1) [To Plaintiff] A plaintiff may, after the defendant has delivered a statement of defence or served a notice of motion, move with supporting affidavit material or other evidence for summary judgment on all or part of the claim in the statement of claim.

(2) The plaintiff may move, without notice, for leave to serve a notice of motion for summary judgment together with the statement of claim, and leave may be given where special urgency is shown, subject to such directions as are just.

(3) [To Defendant] A defendant may, after deliering a statement of defence, move with supporting affidavit material or other evidence for summary judgment dismissing all or part of the claim in the statement of claim.

Brock devaient être instruites, il n'y a pas vraiment lieu de croire qu'un jugement sommaire rendu contre M. Hryniak aurait nui à l'instruction des autres questions litigieuses. Bien que l'étendue de la participation des autres défendeurs à la fraude nécessite la tenue d'un procès, la conclusion selon laquelle M. Hryniak était manifestement l'un des auteurs de la fraude ne résout pas d'avance cette question. Les conclusions du juge saisi de la requête traitent spécifiquement de la participation de M. Hryniak et ne reposent pas sur la responsabilité d'autres personnes, ni ne sont incompatibles avec leur responsabilité. Ses conclusions étaient clairement étayées par la preuve. L'exercice, par le juge, de ses pouvoirs en matière de recherche des faits n'allait pas à l'encontre de l'intérêt de la justice, et sa décision discrétionnaire d'exercer ces pouvoirs n'était pas non plus entachée d'erreur.

#### V. Conclusion

[96] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur des intimés.

### ANNEXE

*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194

#### RÈGLE 20 JUGEMENT SOMMAIRE

**20.01** [Applicabilité] (1) [Au demandeur] Le demandeur peut, après que le défendeur a remis une défense ou signifié un avis de motion, demander, par voie de motion, appuyée d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, un jugement sommaire sur la totalité ou une partie de la demande formulée dans la déclaration.

(2) Le demandeur peut demander, par voie de motion présentée sans préavis, l'autorisation de signifier avec la déclaration un avis de motion en vue d'obtenir un jugement sommaire. L'autorisation peut être accordée en cas d'urgence extraordinaire, sous réserve de directives justes.

(3) [Au défendeur] Le défendeur peut, après avoir remis une défense, demander, par voie de motion appuyée d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, un jugement sommaire rejetant en totalité ou en partie la demande formulée dans la déclaration.

**20.02** [Evidence on Motion] (1) An affidavit for use on a motion for summary judgment may be made on information and belief as provided in subrule 39.01(4), but, on the hearing of the motion, the court may, if appropriate, draw an adverse inference from the failure of a party to provide the evidence of any person having personal knowledge of contested facts.

(2) In response to affidavit material or other evidence supporting a motion for summary judgment, a responding party may not rest solely on the allegations or denials in the party's pleadings, but must set out, in affidavit material or other evidence, specific facts showing that there is a genuine issue requiring a trial.

**20.03** [Factums Required] (1) On a motion for summary judgment, each party shall serve on every other party to the motion a factum consisting of a concise argument stating the facts and law relied on by the party.

(2) The moving party's factum shall be served and filed with proof of service in the court office where the motion is to be heard at least seven days before the hearing.

(3) The responding party's factum shall be served and filed with proof of service in the court office where the motion is to be heard at least four days before the hearing.

(4) Revoked.

**20.04** [Disposition of Motion] (1) [General] Revoked.

(2) The court shall grant summary judgment if,

- (a) the court is satisfied that there is no genuine issue requiring a trial with respect to a claim or defence; or
- (b) the parties agree to have all or part of the claim determined by a summary judgment and the court is satisfied that it is appropriate to grant summary judgment.

(2.1) [Powers] In determining under clause (2)(a) whether there is a genuine issue requiring a trial, the

**20.02** [Preuves à l'appui d'une motion] (1) Dans un affidavit à l'appui d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire, une partie peut faire état des éléments qu'elle tient pour véridiques sur la foi de renseignements, comme le prévoit le paragraphe 39.01(4). Toutefois, dans le cas où la partie ne fournit pas le témoignage de toute personne ayant une connaissance directe des faits contestés, le tribunal peut en tirer des conclusions défavorables, s'il y a lieu, lors de l'audition de la motion.

(2) Lorsqu'une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire est appuyée d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, la partie intimée ne peut pas se contenter uniquement des allégations ou dénégations contenues dans ses actes de procédure. Elle doit préciser, au moyen d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, des faits spécifiques indiquant qu'il y a une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'une instruction.

**20.03** [Mémoires requis] (1) Dans le cas d'une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire, chaque partie signifie aux autres parties à la motion un mémoire comprenant une argumentation concise exposant les faits et les règles de droit qu'elle invoque.

(2) Le mémoire de l'auteur de la motion est signifié et déposé, avec la preuve de la signification, au greffe du tribunal où la motion doit être entendue, au moins sept jours avant l'audience.

(3) Le mémoire de la partie intimée est signifié et déposé, avec la preuve de la signification, au greffe du tribunal où la motion doit être entendue, au moins quatre jours avant l'audience.

(4) Abrogé.

**20.04** [Décision sur la motion] (1) [Dispositions générales] Abrogé.

(2) Le tribunal rend un jugement sommaire si, selon le cas :

- a) il est convaincu qu'une demande ou une défense ne soulève pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'une instruction;
- b) il est convaincu qu'il est approprié de rendre un jugement sommaire et les parties sont d'accord pour que tout ou partie de la demande soit décidé par jugement sommaire.

(2.1) [Pouvoirs] Lorsqu'il décide, aux termes de l'alinéa (2)a), s'il existe une véritable question litigieuse

court shall consider the evidence submitted by the parties and, if the determination is being made by a judge, the judge may exercise any of the following powers for the purpose, unless it is in the interest of justice for such powers to be exercised only at a trial:

1. Weighing the evidence.
2. Evaluating the credibility of a deponent.
3. Drawing any reasonable inference from the evidence.

(2.2) [Oral Evidence (Mini-Trial)] A judge may, for the purposes of exercising any of the powers set out in subrule (2.1), order that oral evidence be presented by one or more parties, with or without time limits on its presentation.

(3) [Only Genuine Issue Is Amount] Where the court is satisfied that the only genuine issue is the amount to which the moving party is entitled, the court may order a trial of that issue or grant judgment with a reference to determine the amount.

(4) [Only Genuine Issue Is Question Of Law] Where the court is satisfied that the only genuine issue is a question of law, the court may determine the question and grant judgment accordingly, but where the motion is made to a master, it shall be adjourned to be heard by a judge.

(5) [Only Claim Is For An Accounting] Where the plaintiff is the moving party and claims an accounting and the defendant fails to satisfy the court that there is a preliminary issue to be tried, the court may grant judgment on the claim with a reference to take the accounts.

**20.05** [Where Trial Is Necessary] (1) [Powers of Court] Where summary judgment is refused or is granted only in part, the court may make an order specifying what material facts are not in dispute and defining the issues to be tried, and order that the action proceed to trial expeditiously.

(2) [Directions And Terms] If an action is ordered to proceed to trial under subrule (1), the court may give such directions or impose such terms as are just, including an order,

nécessitant la tenue d'une instruction, le tribunal tient compte des éléments de preuve présentés par les parties et, si la décision doit être rendue par un juge, ce dernier peut, à cette fin, exercer l'un ou l'autre des pouvoirs suivants, à moins qu'il ne soit dans l'intérêt de la justice de ne les exercer que lors d'un procès :

1. Apprécier la preuve.
2. Évaluer la crédibilité d'un déposé.
3. Tirer une conclusion raisonnable de la preuve.

(2.2) [Témoignage oral (mini-procès)] Un juge peut, dans le but d'exercer les pouvoirs prévus au paragraphe (2.1), ordonner que des témoignages oraux soient présentés par une ou plusieurs parties, avec ou sans limite de temps pour leur présentation.

(3) [Si la seule question litigieuse est le montant de la demande] Le tribunal, s'il est convaincu que la seule véritable question litigieuse porte sur le montant auquel l'auteur de la motion a droit, peut ordonner l'instruction de la question ou rendre un jugement et ordonner un renvoi afin de fixer le montant.

(4) [Si la seule question litigieuse est une question de droit] Le tribunal, s'il est convaincu que la seule véritable question litigieuse porte sur une question de droit, peut trancher cette question et rendre un jugement en conséquence. Toutefois, si la motion est présentée à un protonotaire, elle est déferée à un juge pour audition.

(5) [Demande de reddition de comptes seulement] Si le demandeur est l'auteur de la motion et qu'il demande une reddition de comptes, le tribunal peut rendre jugement sur la demande et ordonner un renvoi pour la reddition des comptes, à moins que le défendeur ne convainque le tribunal qu'une question préliminaire doit être instruite.

**20.05** [Nécessité d'une instruction] (1) [Pouvoirs du tribunal] Si le jugement sommaire est refusé ou n'est accordé qu'en partie, le tribunal peut rendre une ordonnance dans laquelle il précise les faits pertinents qui ne sont pas en litige et les questions qui doivent être instruites. Il peut également ordonner que l'action soit instruite de façon expéditive.

(2) [Directives et conditions] Le tribunal qui ordonne l'instruction d'une action en vertu du paragraphe (1) peut donner les directives ou imposer les conditions qu'il estime justes, et ordonner notamment :



- (a) that each party deliver, within a specified time, an affidavit of documents in accordance with the court's directions;
  - (b) that any motions be brought within a specified time;
  - (c) that a statement setting out what material facts are not in dispute be filed within a specified time;
  - (d) that examinations for discovery be conducted in accordance with a discovery plan established by the court, which may set a schedule for examinations and impose such limits on the right of discovery as are just, including a limit on the scope of discovery to matters not covered by the affidavits or any other evidence filed on the motion and any cross-examinations on them;
  - (e) that a discovery plan agreed to by the parties under Rule 29.1 (discovery plan) be amended;
  - (f) that the affidavits or any other evidence filed on the motion and any cross-examinations on them may be used at trial in the same manner as an examination for discovery;
  - (g) that any examination of a person under Rule 36 (taking evidence before trial) be subject to a time limit;
  - (h) that a party deliver, within a specified time, a written summary of the anticipated evidence of a witness;
  - (i) that any oral examination of a witness at trial be subject to a time limit;
  - (j) that the evidence of a witness be given in whole or in part by affidavit;
  - (k) that any experts engaged by or on behalf of the parties in relation to the action meet on a without prejudice basis in order to identify the issues on which the experts agree and the issues on which they do not agree, to attempt to clarify and resolve any issues that are the subject of disagreement and to prepare a joint statement setting out the areas of agreement and any areas of disagreement and the reasons for it if, in the opinion of the court, the cost or time savings or other benefits that may be achieved from the
- a) la remise par chaque partie, dans un délai déterminé, d'un affidavit de documents conformément aux directives du tribunal;
  - b) la présentation des motions dans un délai déterminé;
  - c) le dépôt, dans un délai déterminé, d'un exposé des faits pertinents qui ne sont pas en litige;
  - d) le déroulement des interrogatoires préalables conformément à un plan d'enquête préalable établi par le tribunal, dans lequel un calendrier des interrogatoires peut être fixé et des limites au droit à l'interrogatoire préalable qui sont justes peuvent être imposées, y compris la limitation de l'enquête préalable à des questions qui n'ont pas été traitées dans les affidavits ou les autres éléments de preuve présentés à l'appui de la motion et dans les contre-interrogatoires sur ceux-ci;
  - e) la modification d'un plan d'enquête préalable convenu par les parties en application de la Règle 29.1 (plan d'enquête préalable);
  - f) l'utilisation, à l'instruction, des affidavits ou des autres éléments de preuve présentés à l'appui de la motion et des contre-interrogatoires sur ceux-ci comme s'il s'agissait d'interrogatoires préalables;
  - g) la limitation de la durée de tout interrogatoire d'une personne prévu à la Règle 36 (obtention de dépositions avant l'instruction);
  - h) la remise par une partie, dans un délai déterminé, d'un résumé écrit de la déposition prévue d'un témoin;
  - i) la limitation de la durée de tout interrogatoire oral d'un témoin à l'instruction;
  - j) la présentation par affidavit de tout ou partie de la déposition d'un témoin;
  - k) la rencontre, sous toutes réserves, des experts engagés par les parties ou en leur nom relativement à l'action pour déterminer les questions en litige sur lesquelles ils s'entendent et celles sur lesquelles ils ne s'entendent pas, pour tenter de clarifier et régler toute question en litige qui fait l'objet d'un désaccord et pour rédiger une déclaration conjointe exposant les sujets d'entente et de désaccord ainsi que les motifs de ceux-ci, s'il estime que les économies de temps ou d'argent ou les autres avantages qui peuvent

meeting are proportionate to the amounts at stake or the importance of the issues involved in the case and,

- (i) there is a reasonable prospect for agreement on some or all of the issues, or
- (ii) the rationale for opposing expert opinions is unknown and clarification on areas of disagreement would assist the parties or the court;
- (l) that each of the parties deliver a concise summary of his or her opening statement;
- (m) that the parties appear before the court by a specified date, at which appearance the court may make any order that may be made under this subrule;
- (n) that the action be set down for trial on a particular date or on a particular trial list, subject to the direction of the regional senior judge;
- (o) for payment into court of all or part of the claim; and
- (p) for security for costs.

(3) [Specified Facts] At the trial, any facts specified under subrule (1) or clause (2)(c) shall be deemed to be established unless the trial judge orders otherwise to prevent injustice.

(4) [Order re Affidavit Evidence] In deciding whether to make an order under clause (2)(j), the fact that an adverse party may reasonably require the attendance of the deponent at trial for cross-examination is a relevant consideration.

(5) [Order re Experts, Costs] If an order is made under clause (2)(k), each party shall bear his or her own costs.

(6) [Failure To Comply With Order] Where a party fails to comply with an order under clause (2)(o) for payment into court or under clause (2)(p) for security for costs, the court on motion of the opposite party may dismiss the action, strike out the statement of defence or make such other order as is just.

(7) Where on a motion under subrule (6) the statement of defence is struck out, the defendant shall be deemed to be noted in default.

en découler sont proportionnels aux sommes en jeu ou à l'importance des questions en litige dans la cause et que, selon le cas :

- (i) il y a des perspectives raisonnables d'en arriver à un accord sur une partie ou l'ensemble des questions en litige,
- (ii) le fondement des opinions d'experts contraires est inconnu et qu'une clarification des questions faisant l'objet d'un désaccord aiderait les parties ou le tribunal;
- l) la remise par chacune des parties d'un résumé concis de sa déclaration préliminaire;
- m) la comparution des parties devant le tribunal au plus tard à une date déterminée, comparution au cours de laquelle le tribunal peut rendre toute ordonnance qu'autorise le présent paragraphe;
- n) l'inscription de l'action pour instruction à une date donnée ou son inscription à un rôle donné, sous réserve des directives du juge principal régional;
- o) la consignation de la totalité ou d'une partie de la somme demandée;
- p) le versement d'un cautionnement pour dépens.

(3) [Faits précisés] Lors de l'instruction, les faits précisés conformément au paragraphe (1) ou à l'alinéa (2)c) sont réputés établis, à moins que le juge du procès n'ordonne autrement afin d'éviter une injustice.

(4) [Ordonnance : déposition par affidavit] Lorsqu'il est décidé si une ordonnance doit être rendue en vertu de l'alinéa (2)j), le fait qu'une partie opposée peut être fondée à exiger la présence du déposant à l'instruction pour le contre-interroger constitue un facteur pertinent.

(5) [Ordonnance : experts, dépens] Si une ordonnance est rendue en vertu de l'alinéa (2)k), chaque partie paie ses propres dépens.

(6) [Défaut de se conformer à l'ordonnance] Si une partie ne se conforme pas à une ordonnance de consignation prévue à l'alinéa (2)o) ou à une ordonnance de cautionnement pour dépens prévue à l'alinéa (2)p), le tribunal peut, sur motion de la partie adverse, rejeter l'action, radier la défense ou rendre une autre ordonnance juste.

(7) Si la défense est radiée sur motion présentée en application du paragraphe (6), le défendeur est réputé constaté en défaut.

**20.06** [Costs Sanctions For Improper Use Of Rule] The court may fix and order payment of the costs of a motion for summary judgment by a party on a substantial indemnity basis if,

- (a) the party acted unreasonably by making or responding to the motion; or
- (b) the party acted in bad faith for the purpose of delay.

**20.07** [Effect of Summary Judgment] A plaintiff who obtains summary judgment may proceed against the same defendant for any other relief.

**20.08** [Stay of Execution] Where it appears that the enforcement of a summary judgment ought to be stayed pending the determination of any other issue in the action or a counterclaim, crossclaim or third party claim, the court may so order on such terms as are just.

**20.09** [Application to Counterclaims, Crossclaims And Third Party Claims] Rules 20.01 to 20.08 apply, with necessary modifications, to counterclaims, crossclaims and third party claims.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Heydary Hamilton, Toronto.*

*Solicitors for the intervenor the Ontario Trial Lawyers Association: Allan Rouben, Toronto; SBMB Law, Richmond Hill, Ontario.*

*Solicitors for the intervenor the Canadian Bar Association: Evans Sweeny Bordin, Hamilton; Sotos, Toronto.*

**20.06** [Condamnation aux dépens pour usage abusif de la règle] Le tribunal peut fixer les dépens d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire sur une base d'indemnisation substantielle et en ordonner le paiement par une partie si, selon le cas :

- a) la partie a agi déraisonnablement en présentant la motion ou en y répondant;
- b) la partie a agi de mauvaise foi dans l'intention de causer des retards.

**20.07** [Effet du jugement sommaire] Le demandeur qui obtient un jugement sommaire peut poursuivre le même défendeur pour d'autres mesures de redressement.

**20.08** [Sursis d'exécution] Le tribunal, s'il constate qu'il devrait être sursis à l'exécution d'un jugement sommaire en attendant le règlement d'une autre question en litige dans l'action, d'une demande reconventionnelle, d'une demande entre défendeurs ou d'une mise en cause, peut ordonner le sursis à des conditions justes.

**20.09** [Application aux demandes reconventionnelles, aux demandes entre défendeurs et aux mises en cause] Les règles 20.01 à 20.08 s'appliquent, avec les modifications nécessaires, aux demandes reconventionnelles, aux demandes entre défendeurs et aux mises en cause.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs des intimés : Heydary Hamilton, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association : Allan Rouben, Toronto; SBMB Law, Richmond Hill, Ontario.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Evans Sweeny Bordin, Hamilton; Sotos, Toronto.*

**Bruno Appliance and  
Furniture, Inc.** *Appellant*

v.

**Robert Hryniak** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,  
Ontario Trial Lawyers Association,  
Advocates' Society and Canadian  
Bar Association** *Interveners*

**INDEXED AS: BRUNO APPLIANCE AND FURNITURE,  
INC. v. HRYNIAK**

**2014 SCC 8**

File No.: 34645.

2013: March 26; 2014: January 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Civil procedure — Summary judgment — Investor bringing action in civil fraud and subsequently bringing a motion for summary judgment — Motion judge granting summary judgment but being overruled by Court of Appeal — Elements of civil fraud — Whether motion judge erred in granting summary judgment — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 20.*

Bruno Appliance and Furniture, Inc. is an American corporation. Its principal met with the principal of Frontline Investments, Inc. and as a result of these meetings, executed a number of investment documents in favour of Frontline. Bruno Appliance subsequently wired US\$1 million to Cassels Brock, who assigned the funds to an account associated with Tropos Capital Inc., a company of which H was the principal. Bruno Appliance's funds were then bundled with other funds and paid to Tropos in a bank draft. Bruno Appliance's money was not invested and disappeared.

**Bruno Appliance and  
Furniture, Inc.** *Appelante*

c.

**Robert Hryniak** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
Ontario Trial Lawyers Association,  
Advocates' Society et Association  
du Barreau canadien** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BRUNO APPLIANCE AND FURNITURE,  
INC. c. HRYNIAK**

**2014 CSC 8**

N° du greffe : 34645.

2013 : 26 mars; 2014 : 23 janvier.

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

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

*Procédure civile — Jugement sommaire — Investisseur intentant une action pour fraude civile et présentant ensuite une requête en jugement sommaire — Jugement accueillant la requête en jugement sommaire infirmé par la Cour d'appel — Éléments de la fraude civile — Le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur en accueillant la requête en jugement sommaire? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 20.*

Bruno Appliance and Furniture, Inc. est une société américaine. Son dirigeant a rencontré le dirigeant de Frontline Investments, Inc. et comme suite à ces rencontres, il a signé un certain nombre de documents de placement en faveur de Frontline. Bruno Appliance a par la suite transféré un million de dollars américains à Cassels Brock, qui a placé l'argent dans un compte associé à Tropos Capital Inc., une entreprise dont H était le dirigeant. Les fonds de Bruno Appliance ont ensuite été regroupés avec d'autres fonds et versés à Tropos par traite bancaire. L'argent de Bruno Appliance n'a pas été investi et est disparu.

Bruno Appliance launched a civil fraud action against H and others, and brought a motion for summary judgment. The motion judge found that Bruno Appliance had established its claim and that there was no issue requiring a trial. The Court of Appeal disagreed and ordered that the Bruno Appliance action proceed to trial.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The scope and interpretation of the amended Rule 20 summary judgment motion are addressed in the companion appeal, *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87. Summary judgment may not be granted under Rule 20 where there is a genuine issue requiring a trial. The motion judge should ask whether the matter can be resolved in a fair and just manner on a summary judgment motion. This will be the case when the process (1) allows the judge to make the necessary findings of fact, (2) allows the judge to apply the law to the facts, and (3) is a proportionate, more expeditious and less expensive means to achieve a just result. If there appears to be a genuine issue requiring a trial, based only on the record before her, the judge should then ask if the need for a trial can be avoided by using the new powers provided under Rules 20.04(2.1) and (2.2). She may, at her discretion, use those powers, provided that their use is not against the interest of justice.

The Court of Appeal did not err in its determination that Bruno Appliance should not receive summary judgment against H. The following four elements constitute the tort of civil fraud: (1) a false representation made by the defendant; (2) some level of knowledge of the falsehood of the representation on the part of the defendant (whether through knowledge or recklessness); (3) the false representation caused the plaintiff to act; and (4) the plaintiff's actions resulted in a loss.

Civil fraud requires a finding that H made a misrepresentation which induced Bruno Appliance to invest. The motion judge neither identified the need for a misrepresentation, nor found that H made one. H was not present at the meeting that led to Bruno's investment and the motion judge's findings are insufficient to establish that any false statements made at the meeting can be attributed to him.

Bruno Appliance a intenté contre H et d'autres personnes une action pour fraude civile et a présenté une requête en jugement sommaire. Le juge saisi de la requête a conclu que Bruno Appliance avait établi le bien-fondé de sa poursuite et qu'aucune question ne nécessitait la tenue d'un procès. La Cour d'appel s'est dite d'avis contraire et a ordonné l'instruction de l'action intentée par Bruno Appliance.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

La portée et l'interprétation de la règle 20 relative à la requête en jugement sommaire sont examinées dans le pourvoi connexe *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87. Un jugement sommaire ne peut pas être rendu en vertu de la règle 20 en présence d'une véritable question nécessitant la tenue d'un procès. Le juge saisi de la requête doit se demander si l'affaire peut être réglée de manière juste et équitable par voie de requête en jugement sommaire. Ce sera le cas lorsque la procédure (1) lui permet de tirer les conclusions de fait qui s'imposent, (2) lui permet d'appliquer le droit aux faits et (3) constitue un moyen proportionné, plus expéditif et moins coûteux d'atteindre un résultat juste. Si, compte tenu uniquement du dossier dont dispose le juge, il semble y avoir une véritable question nécessitant la tenue d'un procès, ce dernier doit alors se demander si l'exercice des nouveaux pouvoirs que confèrent les par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles permet d'écarter le besoin d'un procès. Il peut, à son gré, exercer ces pouvoirs pourvu que leur exercice ne soit pas contraire à l'intérêt de la justice.

La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en décidant que Bruno Appliance ne doit pas obtenir un jugement sommaire contre H. Les quatre éléments suivants constituent le délit de fraude civile : (1) le défendeur a fait une fausse déclaration; (2) le défendeur savait, jusqu'à un certain point, que sa déclaration était fausse (sciemment ou par insouciance); (3) la fausse déclaration a incité le demandeur à agir; (4) les actes du demandeur ont entraîné une perte.

La fraude civile exige que H ait fait une fausse déclaration ayant incité Bruno Appliance à investir. Le juge saisi de la requête n'a ni souligné la nécessité qu'il y ait eu fausse déclaration, ni conclu que H avait fait une telle déclaration. H n'était pas présent à la rencontre qui a amené Bruno à investir et les conclusions du juge saisi de la requête ne suffisent pas à prouver que des déclarations fausses faites lors de la rencontre peuvent être attribuées à H.

While the evidence clearly demonstrates that H was aware of the fraud, and may in fact have benefited from the fraud, whether H perpetrated the fraud by inducing Bruno Appliance to contribute US\$1 million to a non-existent investment scheme is a genuine issue requiring a trial.

### Cases Cited

**Applied:** *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; **referred to:** *Derry v. Peek* (1889), 14 App. Cas. 337; *Parna v. G. & S. Properties Ltd.*, [1971] S.C.R. 306; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Angers v. Mutual Reserve Fund Life Assn.* (1904), 35 S.C.R. 330.

### Statutes and Regulations Cited

*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 20.

### Authors Cited

Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O. and Laskin, Sharpe, Armstrong and Rouleau JJ.A.), 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1, 286 O.A.C. 3, 97 C.C.E.L. (3d) 25, 14 C.P.C. (7th) 242, 13 R.P.R. (5th) 167, 93 B.L.R. (4th) 1, 344 D.L.R. (4th) 193, 10 C.L.R. (4th) 17, [2011] O.J. No. 5431 (QL), 2011 CarswellOnt 13515, setting aside a decision of Grace J., 2010 ONSC 5490, [2010] O.J. No. 4661 (QL), 2010 CarswellOnt 8325. Appeal dismissed.

*Javad Heydary, Jeffrey D. Landmann, David K. Alderson, Michelle Jackson and Jonathan A. Odumeru*, for the appellant.

*Sarit E. Batner, Brandon Kain and Moya J. Graham*, for the respondent.

*Malliha Wilson and Christopher P. Thompson*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Allan Rouben and Ronald P. Bohm*, for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association.

Bien que la preuve démontre clairement que H était au courant de la fraude, et qu'il en a peut-être effectivement bénéficié, la question de savoir si H a commis la fraude en incitant Bruno Appliance à verser un million de dollars américains à un projet d'investissement inexistant constitue une véritable question nécessitant la tenue d'un procès.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; **arrêts mentionnés :** *Derry c. Peek* (1889), 14 App. Cas. 337; *Parna c. G. & S. Properties Ltd.*, [1971] R.C.S. 306; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Angers c. Mutual Reserve Fund Life Assn.* (1904), 35 R.C.S. 330.

### Lois et règlements cités

*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 20.

### Doctrine et autres documents cités

Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2011.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Winkler et les juges Laskin, Sharpe, Armstrong et Rouleau), 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1, 286 O.A.C. 3, 97 C.C.E.L. (3d) 25, 14 C.P.C. (7th) 242, 13 R.P.R. (5th) 167, 93 B.L.R. (4th) 1, 344 D.L.R. (4th) 193, 10 C.L.R. (4th) 17, [2011] O.J. No. 5431 (QL), 2011 CarswellOnt 13515, qui a infirmé une décision du juge Grace, 2010 ONSC 5490, [2010] O.J. No. 4661 (QL), 2010 CarswellOnt 8325. Pourvoi rejeté.

*Javad Heydary, Jeffrey D. Landmann, David K. Alderson, Michelle Jackson et Jonathan A. Odumeru*, pour l'appelante.

*Sarit E. Batner, Brandon Kain et Moya J. Graham*, pour l'intimé.

*Malliha Wilson et Christopher P. Thompson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Allan Rouben et Ronald P. Bohm*, pour l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association.

*David W. Scott, Q.C., Patricia D. S. Jackson and Crawford Smith, for the intervener the Advocates' Society.*

*Paul R. Sweeny and David Sterns, for the intervener the Canadian Bar Association.*

The judgment of the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — Like its companion, *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87 (*Mauldin*), this appeal concerns the interpretation and application of Ontario's new summary judgment rules. In this action, the Ontario Court of Appeal overturned the motion judge's decision to grant summary judgment in favour of the plaintiff and made various trial management orders under Rule 20.05 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194.

[2] In light of the principles articulated in the *Mauldin* appeal and for the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

### I. Facts

[3] Bruno Appliance and Furniture, Inc. is an American corporation, whose principal is Albert Bruno. In late 2001, Bruno met with Robert Cranston, the principal of a Panamanian company, Frontline Investments, Inc. As a result of these meetings, Bruno executed a number of investment documents in favour of Frontline.

[4] In February 2002, Bruno met with Cranston and Gregory Peebles, a corporate-commercial lawyer at the Toronto offices of Cassels Brock and Blackwell. No notes were kept of this meeting, and the recollection of the participants varies. While Robert Hryniak did not attend this meeting, Tropos Capital Inc. (Tropos), a company of which Hryniak was the principal, received and paid a bill for Peebles' attendance.

*David W. Scott, c.r., Patricia D. S. Jackson et Crawford Smith, pour l'intervenante Advocates' Society.*

*Paul R. Sweeny et David Sterns, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Le présent pourvoi, comme le pourvoi connexe *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87 (*Mauldin*), porte sur l'interprétation et l'application des nouvelles règles régissant les jugements sommaires en Ontario. Dans la présente affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a infirmé la décision du juge saisi de la requête de rendre un jugement sommaire favorable à la demanderesse. Elle a aussi rendu plusieurs ordonnances relatives à la gestion du procès en vertu de la règle 20.05 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194.

[2] À la lumière des principes énoncés dans le pourvoi *Mauldin* et pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

### I. Faits

[3] Bruno Appliance and Furniture, Inc. est une société américaine dirigée par Albert Bruno. Vers la fin de 2001, M. Bruno a rencontré Robert Cranston, le dirigeant d'une entreprise panaméenne, Frontline Investments, Inc. Comme suite à ces rencontres, M. Bruno a signé un certain nombre de documents de placement en faveur de Frontline.

[4] En février 2002, M. Bruno a rencontré M. Cranston et Gregory Peebles, un avocat spécialisé en droit des sociétés et en droit commercial du cabinet Cassels Brock and Blackwell à Toronto. Aucune note sur cette rencontre n'a été conservée et les participants en ont gardé un souvenir différent. Robert Hryniak n'a pas assisté à cette rencontre, mais Tropos Capital Inc. (Tropos), une entreprise dont M. Hryniak était le dirigeant, a reçu et payé une facture pour la présence de M. Peebles.

[5] In early March 2002, Bruno Appliance wired US\$1 million to Cassels Brock, who assigned the funds to an account associated with Tropos. Bruno Appliance's funds were then bundled with other funds (totalling US\$3.5 million) and paid to Tropos in a bank draft. At the end of April 2002, Tropos paid US\$2.5 million to a company called Southern Equity Investors Inc., and in late June 2002 transferred approximately US\$550,000 to an individual named Reinhard. By the end of September 2003, Tropos' balance with Cassels Brock had declined to US\$19,000.

[6] In short, Bruno Appliance's money was not invested and it never received a return on its investment.

## II. Judicial History

### A. *Ontario Superior Court of Justice, 2010 ONSC 5490 (CanLII)*

[7] Bruno Appliance joined with the plaintiffs from the companion *Mauldin* appeal in a civil fraud action against Hryniak, Peebles and Cassels Brock. Both sets of plaintiffs brought motions for summary judgment, which were heard together.

[8] The motion judge found that Bruno Appliance had established its claim against Hryniak and that there was no issue requiring a trial. He was satisfied that, in spite of Hryniak's absence from an early meeting between Peebles, Cranston and Bruno, Hryniak knew that the meeting was occurring and his company, Tropos, paid for Peebles' attendance. The motion judge further found that Hryniak was aware that US\$1 million was placed in Tropos' account on Bruno Appliance's behalf, and that Hryniak gave instructions regarding those funds.

[9] The motion judge found that none of Bruno Appliance's funds were invested. In part, they were

[5] Au début de mars 2002, Bruno Appliance a transféré un million de dollars américains à Cassels Brock, qui a placé l'argent dans un compte associé à Tropos. Les fonds de Bruno Appliance ont ensuite été regroupés avec d'autres fonds (totalisant 3,5 millions de dollars américains) et versés à Tropos par traite bancaire. À la fin d'avril 2002, Tropos a versé 2,5 millions de dollars américains à une entreprise appelée Southern Equity Investors Inc. et, à la fin de juin 2002, a transféré environ 550 000 \$US à une personne du nom de Reinhard. À la fin de septembre 2003, le solde de Tropos détenu par Cassels Brock avait chuté à 19 000 \$US.

[6] En résumé, l'argent de Bruno Appliance n'a pas été investi et la société n'a jamais touché quelque revenu de son placement.

## II. Historique judiciaire

### A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2010 ONSC 5490 (CanLII)*

[7] Bruno Appliance s'est jointe aux demandeurs du pourvoi connexe *Mauldin* dans une action pour fraude civile intentée contre M. Hryniak, M. Peebles et Cassels Brock. Dans les deux dossiers, les demandeurs ont présenté des requêtes en jugement sommaire qui ont été instruites ensemble.

[8] Le juge saisi de la requête a conclu que Bruno Appliance avait établi le bien-fondé de sa poursuite contre M. Hryniak et qu'aucune question ne nécessitait la tenue d'un procès. Il était convaincu que, même si M. Hryniak n'avait pas assisté à une rencontre antérieure entre MM. Peebles, Cranston et Bruno, il savait que cette rencontre avait eu lieu et que son entreprise, Tropos, avait payé pour la présence de M. Peebles. Le juge saisi de la requête a aussi conclu que M. Hryniak savait qu'un million de dollars américains avaient été déposés dans le compte de Tropos au nom de Bruno Appliance et que M. Hryniak avait donné des directives à propos de ces fonds.

[9] Le juge saisi de la requête a déclaré qu'aucune partie des fonds de Bruno Appliance n'avait été



used to fund disbursements to another individual, Reinhard, and the remainder was slowly drained.

[10] The motion judge held that the tort of civil fraud was made out and there was no genuine issue requiring a trial.

[11] As in the companion *Mauldin* appeal, the motion judge dismissed the motion for summary judgment against Peebles, as he found that the claim involved factual issues that could not be resolved on the record. Consequently, the motion for summary judgment against Cassels Brock was dismissed, as it was premised on the theory that the firm was vicariously liable for Peebles' acts and omissions.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1*

[12] Hryniak's appeal of this motion was heard together with the companion *Mauldin* appeal, as well as three other matters, which are not before this Court. The Court of Appeal found that Bruno Appliance's action should not be addressed through summary judgment due to its voluminous record, conflicting testimony, credibility issues, conflicting theories of liability advanced against multiple defendants, and the absence of reliable documentary evidence.

[13] Despite this conclusion, as in *Mauldin*, the Court of Appeal was prepared to review whether the motion judge was nonetheless entitled to grant judgment but, in this case, it concluded that the evidence against Hryniak was not nearly as overwhelming. Two genuine issues required a trial: first, whether Hryniak induced Bruno Appliance to invest, and second, whether some of the funds were misappropriated by Cranston, instead of Hryniak.

investie. Ces fonds ont notamment été utilisés pour financer des versements à une personne du nom de Reinhard. Le reste a lentement été épuisé.

[10] Le juge saisi de la requête a conclu que le délit de fraude civile avait été établi et qu'aucune véritable question ne nécessitait la tenue d'un procès.

[11] Comme dans le pourvoi connexe *Mauldin*, le juge a rejeté la requête visant à obtenir un jugement sommaire contre M. Peebles puisqu'il a conclu que la poursuite mettait en jeu des questions de fait qui ne pouvaient pas être résolues au vu du dossier. La requête en jugement sommaire contre Cassels Brock a donc été rejetée puisqu'elle était fondée sur la thèse selon laquelle le cabinet était responsable du fait d'autrui pour les actes et omissions de M. Peebles.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1*

[12] L'appel interjeté par M. Hryniak à l'encontre de cette décision a été entendu avec l'appel connexe *Mauldin*, ainsi qu'avec trois autres affaires dont notre Cour n'est pas saisie. La Cour d'appel a conclu que l'action intentée par Bruno Appliance ne devrait pas être tranchée par jugement sommaire compte tenu de son volumineux dossier, des témoignages contradictoires, des questions de crédibilité, des thèses opposées en matière de responsabilité qui ont été avancées contre plusieurs défendeurs et de l'absence d'une preuve documentaire fiable.

[13] Malgré cette conclusion, la Cour d'appel était disposée, tout comme dans *Mauldin*, à réexaminer la question de savoir si le juge saisi de la requête était néanmoins habilité à rendre un jugement, mais en l'espèce, elle a conclu que la preuve présentée contre M. Hryniak n'était pas aussi accablante. Deux véritables questions nécessitaient la tenue d'un procès : premièrement, celle de savoir si M. Hryniak avait incité Bruno Appliance à investir, et deuxièmement, celle de savoir si une partie des fonds avait été détournée par M. Cranston plutôt que M. Hryniak.

[14] The Court of Appeal found that the motion judge failed to address the issue of whether Hryniak knowingly made any misrepresentation that induced Bruno Appliance to invest, a necessary element of fraud. The Court of Appeal concluded that there was no compelling evidence that Peebles acted as Hryniak's agent when the relevant representations were made. With respect to the second issue, the Court of Appeal found that it could not decide, based on the record, whether Bruno Appliance's investment was misappropriated entirely by Hryniak or by both Hryniak and Cranston in some proportion.

[15] As a result, the Court of Appeal ordered that the Bruno Appliance action proceed to trial, subject to certain trial management orders under Rule 20.05(2).

### III. Analysis

[16] The scope and interpretation of the amended Rule 20 are addressed in the companion *Mauldin* appeal. Therefore, the issue that remains to be determined in this appeal is whether the Court of Appeal erred in its determination that Bruno Appliance should not receive summary judgment against Hryniak.

#### A. *The Tort of Civil Fraud*

[17] The parties disagree as to the elements of the tort of civil fraud, in particular whether proof is required that Hryniak induced Bruno Appliance to part with its funds.

[18] The classic statement of the elements of civil fraud stems from an 1889 decision of the House of Lords, *Derry v. Peek* (1889), 14 App. Cas. 337, where Lord Herschell conducted a thorough review of the history of the tort of deceit and put forward the following three propositions, at p. 374:

[14] La Cour d'appel a conclu que le juge saisi de la requête n'avait pas traité de la question de savoir si M. Hryniak avait sciemment fait une fausse déclaration ayant incité Bruno Appliance à investir, un élément nécessaire de la fraude. La Cour d'appel est arrivée à la conclusion qu'il n'existait aucune preuve convaincante selon laquelle M. Peebles avait agi à titre de mandataire de M. Hryniak au moment où les déclarations pertinentes ont été faites. Au sujet de la deuxième question, la Cour d'appel a conclu qu'elle ne pouvait pas décider, au vu du dossier, si le placement de Bruno Appliance avait été détourné entièrement par M. Hryniak ou par MM. Hryniak et Cranston selon certaines proportions.

[15] Par conséquent, la Cour d'appel a ordonné l'instruction de l'action intentée par Bruno Appliance, sous réserve de certaines ordonnances relatives à la gestion de l'instance rendues conformément au par. 20.05(2) des Règles.

### III. Analyse

[16] Le pourvoi connexe *Mauldin* traite de la portée et de l'interprétation de la règle 20 modifiée. Par conséquent, il reste à décider en l'espèce si la Cour d'appel a commis une erreur en décidant que Bruno Appliance ne doit pas obtenir un jugement sommaire contre M. Hryniak.

#### A. *Le délit de fraude civile*

[17] Les parties ne s'entendent pas sur les éléments constitutifs du délit de fraude civile, plus particulièrement sur la question de savoir s'il faut prouver que M. Hryniak a incité Bruno Appliance à se départir de ses fonds.

[18] L'énoncé classique des éléments de la fraude civile tire son origine dans un arrêt rendu en 1889 par la Chambre des lords, *Derry c. Peek* (1889), 14 App. Cas. 337, dans lequel lord Herschell a procédé à un examen approfondi de l'historique du délit de tromperie et a énoncé les trois propositions suivantes, à la p. 374 :

First, in order to sustain an action of deceit, there must be proof of fraud, and nothing short of that will suffice. Secondly, fraud is proved when it is shewn that a false representation has been made (1) knowingly, or (2) without belief in its truth, or (3) recklessly, careless whether it be true or false. . . . Thirdly, if fraud be proved, the motive of the person guilty of it is immaterial. It matters not that there was no intention to cheat or injure the person to whom the statement was made.

[19] This Court adopted Lord Herschell’s formulation in *Parna v. G. & S. Properties Ltd.*, [1971] S.C.R. 306, adding that the false statement must “actually [induce the plaintiff] to act upon it” (p. 316, quoting *Anson on Contract*). Requiring the plaintiff to prove inducement is consistent with this Court’s later recognition in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, at pp. 319-20, that tort law requires proof that “but for the tortious conduct of the defendant, the plaintiff would not have sustained the injury complained of”.

[20] Finally, this Court has recognized that proof of loss is also required. As Taschereau C.J. held in *Angers v. Mutual Reserve Fund Life Assn.* (1904), 35 S.C.R. 330, “fraud without damage gives . . . no cause of action” (p. 340).

[21] From this jurisprudential history, I summarize the following four elements of the tort of civil fraud: (1) a false representation made by the defendant; (2) some level of knowledge of the falsehood of the representation on the part of the defendant (whether through knowledge or recklessness); (3) the false representation caused the plaintiff to act; and (4) the plaintiff’s actions resulted in a loss.

**B. *Did the Motion Judge Err in Granting Summary Judgment?***

[22] Summary judgment may not be granted under Rule 20 where there is a genuine issue requiring a trial. As outlined in the companion *Mauldin* appeal,

[TRADUCTION] Premièrement, afin de fonder une action pour tromperie, il faut prouver qu’il y a eu fraude, et rien de moins que cela ne saurait suffire. Deuxièmement, la fraude est établie par la preuve qu’une fausse déclaration a été faite (1) sciemment, ou (2) sans la croire vraie, ou encore (3) avec insouciance, sans se soucier qu’elle soit vraie ou fausse. [. . .] Troisièmement, si la fraude est établie, le mobile de l’auteur de la fraude n’a aucune importance. Il importe peu que l’auteur de la déclaration n’eût pas l’intention de tromper son interlocuteur ou de lui faire du tort.

[19] Notre Cour a fait siens ces propos de lord Herschell dans *Parna c. G. & S. Properties Ltd.*, [1971] R.C.S. 306, ajoutant que la fausse déclaration doit « porte[r] effectivement [le demandeur] à y donner suite » (p. 316, citant *Anson on Contract*). Obliger le demandeur à prouver qu’il y a eu incitation s’accorde avec le fait que la Cour ait ultérieurement reconnu dans *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, p. 319-320, qu’en droit, en matière de responsabilité civile délictuelle, il faut démontrer que « n’eût été la conduite délictueuse du défendeur, le demandeur n’aurait pas subi le préjudice reproché ».

[20] Enfin, la Cour a reconnu qu’il faut aussi faire la preuve d’une perte. Comme l’a dit le juge en chef Taschereau dans *Angers c. Mutual Reserve Fund Life Assn.* (1904), 35 R.C.S. 330, [TRADUCTION] « une fraude ne causant aucun préjudice ne [. . .] donne aucune cause d’action » (p. 340).

[21] Sur la base de cet historique jurisprudentiel, je résume ainsi les quatre éléments du délit de fraude civile : (1) le défendeur a fait une fausse déclaration; (2) le défendeur savait, jusqu’à un certain point, que sa déclaration était fausse (sciemment ou par insouciance); (3) la fausse déclaration a incité le demandeur à agir; (4) les actes du demandeur ont entraîné une perte.

**B. *Le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur en rendant un jugement sommaire?***

[22] Un jugement sommaire ne peut pas être rendu en vertu de la règle 20 en présence d’une véritable question nécessitant la tenue d’un procès. Comme

the motion judge should ask whether the matter can be resolved in a fair and just manner on a summary judgment motion. This will be the case when the process (1) allows the judge to make the necessary findings of fact, (2) allows the judge to apply the law to the facts, and (3) is a proportionate, more expeditious and less expensive means to achieve a just result. If there appears to be a genuine issue requiring a trial, based only on the record before her, the judge should then ask if the need for a trial can be avoided by using the new powers provided under Rules 20.04(2.1) and (2.2). She may, at her discretion, use those powers, provided that their use is not against the interest of justice.

[23] For the reasons that follow, I am of the view that there is a genuine issue requiring a trial.

[24] As noted by the Court of Appeal, and following the analysis above, civil fraud requires a finding that Hryniak made a misrepresentation which induced Bruno Appliance to invest. The motion judge neither identified the need for a misrepresentation, nor found that Hryniak made one.

[25] The motion judge found that Tropos did not invest Bruno Appliance's funds and that a misrepresentation had therefore been made to the investors. The point at which a misrepresentation occurred was a meeting between Peebles, Cranston and Bruno Appliance's principal in February 2002. He found: that Hryniak was supposed to be in attendance at this meeting, that Hryniak knew of the purpose of the meeting and that Hryniak's company paid for Peebles' attendance.

[26] However, Hryniak was not present, and he can only be liable for any misrepresentation made by Peebles or Cranston if their statements can be attributed to him. For example, the Court of Appeal considered, and ultimately rejected, the possibility

il est souligné dans le pourvoi connexe *Mauldin*, le juge saisi de la requête doit se demander si l'affaire peut être réglée de manière juste et équitable par voie de requête en jugement sommaire. Ce sera le cas lorsque la procédure (1) lui permet de tirer les conclusions de fait qui s'imposent, (2) lui permet d'appliquer le droit aux faits et (3) constitue un moyen proportionné, plus expéditif et moins coûteux d'atteindre un résultat juste. Si, compte tenu uniquement du dossier dont dispose le juge, il semble y avoir une véritable question nécessitant la tenue d'un procès, ce dernier doit alors se demander si l'exercice des nouveaux pouvoirs que confèrent les par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles permet d'écarter le besoin d'un procès. Il peut, à son gré, exercer ces pouvoirs pourvu que leur exercice ne soit pas contraire à l'intérêt de la justice.

[23] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis qu'il existe une véritable question nécessitant la tenue d'un procès.

[24] Comme l'a indiqué la Cour d'appel et suivant l'analyse qui précède, la fraude civile exige que M. Hryniak ait fait une fausse déclaration ayant incité Bruno Appliance à investir. Le juge saisi de la requête n'a ni souligné la nécessité qu'il y ait eu fausse déclaration, ni conclu que M. Hryniak avait fait une telle déclaration.

[25] Le juge saisi de la requête a conclu que Tropos n'avait pas investi les fonds de Bruno Appliance et qu'une fausse déclaration avait donc été faite aux investisseurs. C'est à l'occasion d'une rencontre entre M. Peebles, M. Cranston et le dirigeant de Bruno Appliance en février 2002 que cette fausse représentation a été faite. Il a conclu que M. Hryniak était censé assister à cette rencontre, que ce dernier connaissait l'objet de la rencontre et que l'entreprise de ce dernier avait payé pour la présence de M. Peebles.

[26] Cependant, M. Hryniak n'était pas présent à cette rencontre et il ne peut être tenu responsable de fausses déclarations faites par M. Peebles ou M. Cranston que si les déclarations de ces derniers peuvent lui être attribuées. Par exemple, la Cour

that Peebles or Cranston was acting as Hryniak's agent.

[27] In my view, the motion judge's findings are insufficient to establish that any false statements made at the meeting can be attributed to Hryniak. There was no evidence that Peebles or Cranston were acting on instructions from Hryniak when they met with Bruno. While a principal will generally be vicariously liable "for the torts of her agent committed within the scope of her actual or apparent authority" (P. H. Osborne, *The Law of Torts* (4th ed. 2011), at p. 369), the motion judge did not find Peebles or Cranston to be Hryniak's agent, and there is no indication that the evidence established that Peebles or Cranston was authorized to make representations on behalf of Hryniak and did not do so on their own account. Similarly, there was insufficient evidence to establish that either Peebles or Cranston was acting as Hryniak's unwitting dupe and, as the motion judge concluded, that issue required a trial.

[28] While the motion judge found that Hryniak was aware of the falseness of the representations<sup>1</sup> and exercised "full dominion and control" over Bruno Appliance's funds (para. 169), as noted by the Court of Appeal, this finding would support liability in conversion, but is not sufficient to establish fraud.

[29] While I agree with the motion judge that the evidence clearly demonstrates that Hryniak was aware of the fraud, and may in fact have benefited from the fraud, whether Hryniak perpetrated the fraud by inducing Bruno Appliance to contribute US\$1 million to a non-existent investment scheme is a genuine issue requiring a trial.

---

<sup>1</sup> This follows from his finding in a footnote to para. 178 of his reasons that he accepted Peebles' evidence that he regularly reviewed trust activity with Hryniak (A.R., vol. V, at pp. 154-59).

d'appel a envisagé, puis a rejeté en fin de compte, la possibilité que M. Peebles ou M. Cranston ait agi comme mandataire de M. Hryniak.

[27] À mon avis, les conclusions du juge saisi de la requête ne suffisent pas à prouver que des déclarations fausses faites lors de la rencontre peuvent être attribuées à M. Hryniak. Rien ne prouve que M. Peebles ou M. Cranston suivaient des directives de M. Hryniak quand ils ont rencontré M. Bruno. Un dirigeant est généralement responsable du fait d'autrui [TRADUCTION] « pour les délits commis par son mandataire dans le cadre de son pouvoir réel ou apparent » (P. H. Osborne, *The Law of Torts* (4<sup>e</sup> éd. 2011), p. 369), mais le juge saisi de la requête n'a pas conclu que M. Peebles ou M. Cranston étaient les mandataires de M. Hryniak et rien n'indique que, selon la preuve, ils étaient autorisés à faire des déclarations au nom de M. Hryniak et qu'ils n'ont rien fait de tel de leur propre initiative. De même, la preuve était insuffisante pour établir que M. Peebles ou M. Cranston était la dupe de M. Hryniak et, comme l'a conclu le juge saisi de la requête, cette question nécessitait la tenue d'un procès.

[28] Bien que le juge saisi de la requête ait conclu que M. Hryniak était au courant de la fausseté des déclarations<sup>1</sup> et qu'il exerçait [TRADUCTION] « un plein contrôle » sur les fonds de Bruno Appliance (par. 169), comme l'a indiqué la Cour d'appel, cette conclusion justifierait l'imputation de responsabilité pour détournement, mais elle ne suffit pas pour établir la fraude.

[29] Je conviens avec le juge saisi de la requête que la preuve démontre clairement que M. Hryniak était *au courant* de la fraude, et qu'il en a peut-être effectivement *bénéficié*, mais la question de savoir si M. Hryniak a *commis* la fraude en incitant Bruno Appliance à verser un million de dollars américains à un projet d'investissement inexistant constitue une véritable question nécessitant la tenue d'un procès.

---

<sup>1</sup> C'est ce qui ressort de sa conclusion dans une note en bas de page rattachée au par. 178 de ses motifs selon laquelle il acceptait le témoignage de M. Peebles, qui a dit avoir examiné régulièrement les activités de la fiducie avec M. Hryniak (d.a., vol. V, p. 154-159).

[30] The Court of Appeal also found the extent of Hryniak's misappropriation of Bruno Appliance's funds to be a second issue requiring a trial. The Court of Appeal found that Hryniak had appropriated US\$450,000, but that the fate of the remaining US\$550,000 required a trial. Given the principles of joint and several liability, I am satisfied that this issue would not normally preclude a finding that there is no genuine issue requiring a trial against Hryniak.

[31] The motion judge failed to find a necessary element of civil fraud, an error of law, and did not draw sufficient factual conclusions for either him, or an appellate court, to make such a finding. Since the action was proceeding to trial against the other defendants in any event, the order of the Court of Appeal that all the remaining actions be heard together is the most proportionate, timely and cost effective approach. In light of this conclusion, it is unnecessary for me to determine whether it was against the interest of justice for the motion judge to make use of his expanded fact-finding powers.

#### IV. Conclusion

[32] Accordingly, I would dismiss the appeal, with costs to the respondent. I would not interfere with the case management orders made by the Court of Appeal.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Heydary Hamilton, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault, Toronto.*

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

[30] La Cour d'appel a aussi conclu que le montant du détournement des fonds de Bruno Appliance par M. Hryniak constituait une deuxième question nécessitant la tenue d'un procès. Elle est parvenue à la conclusion que M. Hryniak avait détourné 450 000 \$US, mais que le sort des 550 000 \$US qui restaient nécessitait la tenue d'un procès. Compte tenu des principes de responsabilité solidaire, je suis convaincue que cette question n'empêcherait pas normalement de conclure à l'absence d'une véritable question nécessitant la tenue d'un procès contre M. Hryniak.

[31] Le juge saisi de la requête n'a pu conclure à l'existence d'un élément nécessaire de la fraude civile, ce qui constitue une erreur de droit, et n'a pas tiré de conclusions factuelles suffisantes pour lui permettre ou permettre à une cour d'appel de conclure à l'existence d'un tel élément. Puisque l'action donnait lieu à un procès contre les autres défendeurs en tout état de cause, l'ordonnance de la Cour d'appel portant que toutes les autres actions soient instruites ensemble constitue la marche à suivre la plus proportionnée, opportune et économique. À la lumière de cette conclusion, je n'ai pas à déterminer s'il était contraire à l'intérêt de la justice que le juge saisi de la requête exerce ses pouvoirs élargis en matière d'appréciation des faits.

#### IV. Conclusion

[32] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de l'intimé. Je ne modifierais pas les ordonnances relatives à la gestion de l'instance rendues par la Cour d'appel.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Heydary Hamilton, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : McCarthy Tétrault, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association: Allan Rouben, Toronto; SBMB Law, Richmond Hill, Ontario.*

*Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Borden Ladner Gervais, Ottawa; Torys, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Evans Sweeny Bordin, Hamilton; Sotos, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association : Allan Rouben, Toronto; SBMB Law, Richmond Hill, Ontario.*

*Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Borden Ladner Gervais, Ottawa; Torys, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Evans Sweeny Bordin, Hamilton; Sotos, Toronto.*

**Andy Koczab** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. KOCZAB**

**2014 SCC 9**

File No.: 35411.

2014: January 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Constitutional law — Charter of rights — Right to be informed of offence charged — Right to counsel — Psychological detention — Trial judge did not err in finding accused psychologically detained and s. 10 Charter rights breached — Breach warranted that evidence be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10, 24(2).*

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Chartier C.J.M. and Beard and Monnin J.J.A.), 2013 MBCA 43, 294 Man. R. (2d) 24, 581 W.A.C. 24, [2013] 11 W.W.R. 260, [2013] M.J. No. 160 (QL), 2013 CarswellMan 251, setting aside an acquittal entered by Schulman J., 2011 MBQB 70, 264 Man. R. (2d) 53, 233 C.R.R. (2d) 193, [2011] M.J. No. 106 (QL), 2011 CarswellMan 140, and ordering a new trial. Appeal allowed.

*Sheldon E. Pinx, Q.C., and Katherine E. Smith, for the appellant.*

*Kevin R. Wilson and Janna Hyman, for the respondent.*

**Andy Koczab** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. KOCZAB**

**2014 CSC 9**

N° du greffe : 35411.

2014 : 22 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être informé de l'infraction reprochée — Droit à l'assistance d'un avocat — Détention psychologique — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en concluant que l'accusé a été détenu psychologiquement et que les droits garantis à ce dernier par l'art. 10 de la Charte ont été violés — Cette violation justifiait l'exclusion de la preuve — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10, 24(2).*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (le juge en chef Chartier et les juges Beard et Monnin), 2013 MBCA 43, 294 Man. R. (2d) 24, 581 W.A.C. 24, [2013] 11 W.W.R. 260, [2013] M.J. No. 160 (QL), 2013 CarswellMan 251, qui a annulé l'acquittement prononcé par le juge Schulman, 2011 MBQB 70, 264 Man. R. (2d) 53, 233 C.R.R. (2d) 193, [2011] M.J. No. 106 (QL), 2011 CarswellMan 140, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

*Sheldon E. Pinx, c.r., et Katherine E. Smith, pour l'appellant.*

*Kevin R. Wilson et Janna Hyman, pour l'intimée.*



The judgment of the Court was delivered orally  
by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The appeal is allowed  
for the reasons of Monnin J.A., dissenting in the  
Court of Appeal.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Pinx & Co., Win-  
nipeg.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution  
Service of Canada, Toronto and Winnipeg.*

Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — L'appel est accueilli,  
pour les motifs de dissidence exposés par le juge  
Monnin de la Cour d'appel.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Pinx & Co., Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée : Service des poursuites  
pénales du Canada, Toronto et Winnipeg.*

**Gary Edward Yelle** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. YELLE**

**2014 SCC 10**

File No.: 35361.

2014: January 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
THE NORTHWEST TERRITORIES

*Criminal law — Reasonable verdict — Accused charged with sexual assault and uttering threats — Jury returning guilty verdict to lesser included offence of assault — Jury’s verdict reasonable in light of photographic evidence establishing assault beyond a reasonable doubt — Trial judge not required in circumstances to give warning as to witness reliability — Trial judge’s decision to instruct on lesser offence of assault entitled to deference having regard to totality of evidence.*

APPEAL from a judgment of the Northwest Territories Court of Appeal (Paperny, Martin and Charbonneau JJ.A.), 2013 NWTCA 2, [2013] N.W.T.J. No. 47 (QL), 2013 CarswellNWT 49, upholding the conviction for assault entered by Shaner J., 2012 NWTSC 46, [2012] N.W.T.J. No. 52 (QL), 2012 CarswellNWT 48. Appeal dismissed.

*Charles B. Davison*, for the appellant.

*Susanne Boucher* and *François Lacasse*, for the respondent.

**Gary Edward Yelle** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. YELLE**

**2014 CSC 10**

N° du greffe : 35361.

2014 : 22 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DES  
TERRITOIRES DU NORD-OUEST

*Drôit criminel — Verdict raisonnable — Accusé inculpé d’agression sexuelle et d’avoir proféré des menaces — Verdict de culpabilité prononcé par le jury à l’égard de l’infraction moindre et incluse de voies de fait — Ce verdict est raisonnable compte tenu de la preuve photographique établissant hors de tout doute raisonnable la perpétration de voies de fait — La juge du procès n’était pas tenue dans les circonstances de faire une mise en garde relativement à la fiabilité du témoin — La décision de la juge du procès de donner des directives au sujet de l’infraction moindre et incluse de voies de fait commande la déférence eu égard à l’ensemble de la preuve.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel des Territoires du Nord-Ouest (les juges Paperny, Martin et Charbonneau), 2013 NWTCA 2, [2013] N.W.T.J. No. 47 (QL), 2013 CarswellNWT 49, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de voies de fait inscrite par la juge Shaner, 2012 NWTSC 46, [2012] N.W.T.J. No. 52 (QL), 2012 CarswellNWT 48. Pourvoi rejeté.

*Charles B. Davison*, pour l’appelant.

*Susanne Boucher* et *François Lacasse*, pour l’intimée.

The judgment of the Court was delivered orally  
by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We agree with the majority of the Court of Appeal that the verdict was not unreasonable. The appeal is therefore dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Somba K'e Law Office, Yellowknife.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Yellowknife.*

Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous partageons l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle le verdict n'était pas déraisonnable. L'appel est par conséquent rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant : Somba K'e Law Office, Yellowknife.*

*Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Yellowknife.*

**Telecommunications Employees Association of Manitoba Inc. — International Federation of Professional & Technical Engineers, Local 161; Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 7; International Brotherhood of Electric Workers, Local Union 435; Harry Restall, on his own behalf and on behalf of certain retired employees or the Widows/Widowers thereof of Manitoba Telecom Services Inc., MTS Communications Inc., MTS Mobility Inc. and MTS Advanced Inc.; and Larry Trach, on his own behalf and on behalf of all unionized employees of Manitoba Telecom Services Inc., MTS Communications Inc., MTS Mobility Inc. and MTS Advanced Inc. and all unionized employees of MTS Media Inc. who were transferred to Yellow Pages Group Co. pursuant to a sale on October 2, 2006** *Appellants*

v.

**Manitoba Telecom Services Inc. and MTS Allstream Inc. (as successor to MTS Communications Inc., MTS Mobility Inc. and MTS Advanced Inc.)** *Respondents*

**INDEXED AS: TELECOMMUNICATIONS EMPLOYEES ASSOCIATION OF MANITOBA INC. v. MANITOBA TELECOM SERVICES INC.**

**2014 SCC 11**

File No.: 34763.

2013: May 16; 2014: January 30.

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

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

*Pensions — Pension plans — Surplus — Members of pension plan having assets and pension rights transferred to new pension plan as result of privatization of employer — Original pension fund having actuarial surplus of 43 million dollars — Actuarial surplus sole*

**Telecommunications Employees Association of Manitoba Inc. — International Federation of Professional & Technical Engineers, section locale 161; Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 7; Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 435; Harry Restall, en son propre nom et au nom de certains retraités ou des veuves ou veufs de retraités de Manitoba Telecom Services Inc., MTS Communications Inc., MTS Mobility Inc. et MTS Advanced Inc.; et Larry Trach, en son propre nom et au nom de tous les employés syndiqués de Manitoba Telecom Services Inc., MTS Communications Inc., MTS Mobility Inc. et MTS Advanced Inc. et tous les employés syndiqués de MTS Media Inc. qui sont devenus des employés de Yellow Pages Group Co. aux termes d'une vente réalisée le 2 octobre 2006** *Appellants*

c.

**Manitoba Telecom Services Inc. et MTS Allstream Inc. (à titre de successeur de MTS Communications Inc., MTS Mobility Inc. et MTS Advanced Inc.)** *Intimées*

**RÉPERTORIÉ : TELECOMMUNICATIONS EMPLOYEES ASSOCIATION OF MANITOBA INC. c. MANITOBA TELECOM SERVICES INC.**

**2014 CSC 11**

N° du greffe : 34763.

2013 : 16 mai; 2014 : 30 janvier.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA**

*Pensions — Régimes de retraite — Surplus — Transfert à un nouveau régime de l'actif du régime de retraite des participants et de leurs droits à pension par suite de la privatisation de l'employeur — Surplus actuariel du régime de retraite initial s'élevant à 43 millions de*

*result of employee contributions to old plan — Employer using surplus to take contribution holiday — Legislation stating that on implementation date new plan to provide benefits equivalent in value to those which employees were entitled to under old plan — Whether employer violated legal duties — The Manitoba Telephone System Reorganization and Consequential Amendments Act, S.M. 1996, c. 79, s. 15.*

On January 1, 1997, Manitoba Telephone System (“Crown MTS”), a Crown corporation, was privatized and became what is now Manitoba Telecom Services Inc. and MTS Allstream Inc. (“MTS”). As a result of the privatization, approximately 7,000 employees and retirees of Crown MTS and its subsidiaries (the “plan members”) had their assets and pension rights transferred to a new pension plan. Prior to privatization, Crown MTS employees and retirees were members of a contributory defined benefit plan. Similar to a typical defined benefit plan, eligible employees were required to contribute a percentage of their pensionable earnings to the plan fund. However, unlike a typical defined benefit plan, the government as employer did not contribute to the plan fund. Rather, the government paid its share of the benefits on a “pay-as-you-go” basis, meaning that instead of matching employee contributions at the time they were paid into the pension fund, the government instead paid half of the benefits owed to retirees at the time they became due. The effect of this arrangement was that the old plan’s pension fund contained only employee contributions and interest. At the time of privatization, the original pension fund had an actuarial surplus of \$43.364 million (the “Initial Surplus”). During the privatization process of Crown MTS, the plan members received several assurances from Crown MTS and the government that any surplus that existed in the old pension fund at the time of privatization would not be used to reduce MTS’s cost of, and share of contributions to, the new pension plan. Pursuant to the Act that governed the privatization of Crown MTS (“*Reorg. Act*”), all of the old plan’s assets attributable to the plan members, including the Initial Surplus, were transferred to the new pension plan. Section 15(2)(a) of the *Reorg. Act* stated that MTS was required to establish a “new plan which shall provide for benefits which on the implementation date are equivalent in value to the pension benefits to which employees have or may have become entitled under [the old plan]”. Plan member representatives also signed a Memorandum of Agreement

*dollars — Surplus actuariel strictement attribuable aux cotisations des employés à l’ancien régime — Utilisation du surplus par l’employeur pour s’accorder des périodes d’exonération de cotisations — Disposition législative prévoyant que le nouveau régime doit permettre le versement de prestations qui, le jour de la mise en œuvre, sont de valeur équivalente à celle des prestations auxquelles les employés avaient droit aux termes de l’ancien régime — L’employeur a-t-il manqué à ses obligations légales? — Loi concernant la réorganisation de la Société de téléphone du Manitoba et apportant des modifications corrélatives, L.M. 1996, ch. 79, art. 15.*

Le 1<sup>er</sup> janvier 1997, la société d’État Manitoba Telephone System (« société d’État MTS ») a été privatisée pour former les actuelles Manitoba Telecom Services Inc. et MTS Allstream Inc. (« MTS »). L’actif du régime de retraite et les droits à pension d’environ 7 000 employés et retraités de la société d’État MTS et de ses filiales (les « participants ») ont alors été transférés à un nouveau régime de retraite. Avant la privatisation, les employés et les retraités de la société d’État MTS participaient à un régime contributif à prestations déterminées. Comme dans le cadre d’un régime à prestations déterminées type, l’employé admissible devait verser à la caisse de retraite un certain pourcentage de ses gains admissibles. Cependant, contrairement à l’employeur dans le cadre d’un régime à prestations déterminées type, le gouvernement ne cotisait pas à la caisse de retraite, mais payait plutôt sa part des prestations lorsqu’elles devenaient exigibles. Ainsi, au lieu de verser à la caisse de retraite des cotisations égales à celles des employés, le gouvernement payait plutôt la moitié des prestations dues aux retraités au moment de l’exigibilité. Dès lors, la caisse de retraite de l’ancien régime n’était constituée que des cotisations des employés et de l’intérêt. Au moment de la privatisation, le surplus actuariel du régime de retraite initial s’élevait à 43,364 millions de dollars (le « surplus initial »). Pendant le processus de privatisation, la société d’État MTS et le gouvernement ont maintes fois assuré les participants que tout surplus affiché par l’ancien régime de retraite au moment de la privatisation ne servirait pas à diminuer le coût supporté par MTS à l’égard du nouveau régime ou ses cotisations à celui-ci. Conformément à la loi qui régissait la privatisation de la société d’État MTS (« *Loi sur la réorganisation* »), la totalité de l’actif de l’ancien régime de retraite attribuable aux participants, y compris le surplus initial, a été transférée au nouveau régime. Suivant l’al. 15(2)a) de la *Loi sur la réorganisation*, MTS était tenue de créer un « nouveau régime conçu de façon à permettre le versement de prestations qui sont, à la date

(“MOA”) with MTS and the provincial government that made specific provision for the treatment of the Initial Surplus under the new plan. However, the provisions of the new pension plan made it virtually impossible for the plan members to ever receive any benefit funded by the Initial Surplus. Instead, MTS has been able to use the Initial Surplus to take contribution holidays, which allowed it to offset contributions it would otherwise be required to make to the pension fund.

The plan members commenced proceedings seeking payment of the Initial Surplus plus interest to be used to provide enhanced benefits, provided those enhanced benefits will not increase MTS’s costs. The trial judge determined that the plan members were entitled to relief. He held that MTS’s treatment of the Initial Surplus violated s. 15(2)(a) of the *Reorg. Act* because the benefits provided under the plans were not equivalent in value because the Initial Surplus, which had been accessible to the plan members under the old plan to fund enhancements, was not accessible to them under the new plan. The Court of Appeal allowed MTS’s appeal and dismissed the plan members’ cross-appeal, concluding that s. 15(2)(a) only required equivalency of the basic superannuation allowance received by plan members under the two plans.

*Held:* The appeal should be allowed.

Entitlement to an actuarial surplus must always be decided based on the governing legislation. Here, the applicable legislation required the establishment of a new plan that provides benefits that, at its implementation date, are equivalent in value to the benefits provided under the old plan. The inclusion of the word “value” in “equivalent in value” suggests that the phrase should be interpreted as capturing both the benefits paid to the plan members *and* the funding mechanism used to produce those benefits. It is not enough for the monthly payments provided by each plan to be equal. Had s. 15(2)(a) been intended to have such a narrow meaning, there would be no need to refer to the equivalency of the *value* of the benefits. The statutory context and the legislative history of s. 15 both support the view that s. 15(2)(a) was intended to require more than a simple comparison of the amount paid each month to plan members under each pension plan.

de mise en œuvre, au moins équivalentes [dans la version anglaise, *equivalent in value*] à celles que les employés reçoivent ou pourraient recevoir en vertu de [l’ancien régime] ». Par ailleurs, les représentants des participants ont conclu avec MTS et le gouvernement provincial un protocole d’entente (« PE ») qui prévoyait expressément le sort du surplus initial dans le nouveau régime. Toutefois, le texte du nouveau régime rendait pratiquement impossible aux participants de bénéficier de quelque avantage grâce au surplus initial. Par contre, MTS s’est accordé des périodes d’exonération de cotisations en retranchant du surplus le montant de ses cotisations exigibles par ailleurs.

Les participants ont engagé une poursuite et demandé que le surplus initial, majoré de l’intérêt couru, serve à bonifier les prestations de retraite, à condition que le coût supporté par MTS n’en soit pas accru. Le juge de première instance a conclu que les participants avaient droit à réparation. Il a estimé que l’affectation du surplus initial par MTS contrevenait à l’al. 15(2)a de la *Loi sur la réorganisation*, car les prestations prévues par les deux régimes n’étaient pas de valeur équivalente dans la mesure où le surplus initial grâce auquel les participants pouvaient auparavant bonifier leurs prestations n’était plus à leur disposition dans le cadre du nouveau régime. La Cour d’appel a accueilli l’appel de MTS et rejeté celui, incident, des participants. Elle a conclu que l’al. 15(2)a exigeait seulement l’équivalence des allocations de retraite de base touchées par les participants en application des deux régimes.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

Le droit à un surplus actuariel dépend toujours des dispositions législatives applicables. Dans le présent dossier, la disposition applicable exigeait la mise sur pied d’un nouveau régime qui offre, le jour de sa mise en œuvre, des prestations de valeur équivalente à celle des prestations de l’ancien régime. Le renvoi à la notion de « valeur » indique que sont visées à la fois les prestations versées aux participants *et* la manière dont est financé leur versement. Il ne suffit pas que les versements mensuels soient les mêmes selon l’un et l’autre régimes. Si l’al. 15(2)a avait dû avoir un sens aussi étroit, il aurait été superflu de renvoyer à la *valeur* des prestations. Le contexte et l’historique législatifs de l’art. 15 permettent tous deux de conclure que, à l’al. 15(2)a, le législateur entendait exiger davantage que la seule comparaison des sommes versées chaque mois aux participants en vertu de l’un et l’autre régimes.

The governing legislation and the unique features of the old plan distinguish this case from previous decisions of this Court involving entitlement to the actuarial surplus in a defined benefit pension plan. The original pension plan was not wound up and the actuarial surplus did not crystallize in that context. However, s. 15(2)(a) of the *Reorg. Act* created a break between the two pension plans. Further, the MOA and the plan text of the new plan isolated and fixed the quantum of the Initial Surplus such that it cannot be considered a typical actuarial surplus. As a result of s. 15(2)(a) and these unique features of the two pension plans, determining whether the benefits of the two plans are “equivalent in value” requires consideration of how much the employees had to contribute to obtain those benefits.

Here, the benefits provided by the old and new plans were not equivalent in value as of the implementation date. For the benefits to be equivalent in value, the means by which those benefits were funded must also have been equivalent, or additional benefits must have been provided to compensate for any funding inequalities. The Initial Surplus is attributable and to be credited exclusively to the employees for the purpose of determining how the new plan was funded. It was the plan members whose contributions solely resulted in the Initial Surplus and who bore the risk in the event of a deficit in the fund during the period in which the Initial Surplus was generated. MTS did not match the plan members’ contribution of \$43.364 million — the Initial Surplus — to the new plan on the implementation date. Only MTS benefitted from this excess contribution and plan members received no enhanced benefits funded by the excess contribution. There has therefore not been adherence to the requirements of s. 15(2)(a) in this case.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Burke v. Hudson’s Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273.

#### Statutes and Regulations Cited

*Civil Service Superannuation Act*, C.C.S.M. c. C120, ss. 1(1) “pension benefit”, 22(1), 33(7.1).  
*Civil Service Superannuation Amendment Act*, S.M. 1989-90, c. 59.  
*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Suppl.).  
*Manitoba Telephone System Reorganization and Consequential Amendments Act*, S.M. 1996, c. 79, s. 15.

Les dispositions législatives applicables et les caractéristiques uniques de l’ancien régime distinguent le présent dossier des affaires antérieures où notre Cour s’est prononcée sur le droit au surplus actuariel d’un régime de retraite à prestations déterminées. Il n’y a eu ni liquidation du régime de retraite initial, ni cristallisation consécutive du surplus actuariel dans ce contexte. L’alinéa 15(2)a) de la *Loi sur la réorganisation* a cependant marqué la coupure entre l’ancien régime et le nouveau. De plus, le PE et le texte du nouveau régime ont fait du surplus initial une somme distincte et fixe, de sorte qu’il ne peut être considéré comme un surplus actuariel type. En raison de l’al. 15(2)a) et de ces caractéristiques uniques des deux régimes de retraite, déterminer si les prestations offertes par les deux régimes ont une valeur équivalente exige la prise en compte de ce que les employés devaient verser à la caisse de retraite pour les obtenir.

Dans la présente affaire, les prestations prévues par l’ancien et le nouveau régimes le jour de la mise en œuvre du second ne sont pas de valeur équivalente. Pour qu’il y ait pareille valeur équivalente, les modalités de leur financement doivent aussi être équivalentes ou un avantage supplémentaire doit être conféré pour compenser l’inégalité du financement. Lorsqu’il s’agit de déterminer les modalités de capitalisation du nouveau régime, le surplus initial est attribuable aux employés et porté à leur seul crédit. Pendant la période où le surplus initial s’est constitué, seuls les participants cotisaient à la caisse de retraite et assumaient le risque de déficit. MTS n’a pas fait, le jour de la mise en œuvre du nouveau régime, un apport égal à celui de 43,364 millions de dollars des participants — le surplus initial. Seule MTS a bénéficié de l’apport excédentaire; les participants n’ont pas touché de prestations bonifiées grâce à celui-ci. Les exigences de l’al. 15(2)a) n’ont donc pas été respectées.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Burke c. Cie de la Baie d’Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273.

#### Lois et règlements cités

*Loi concernant la réorganisation de la Société de téléphone du Manitoba et apportant des modifications corrélatives*, L.M. 1996, ch. 79, art. 15.  
*Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. 1985, ch. 32 (2<sup>e</sup> suppl.).  
*Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.).  
*Loi modifiant la Loi sur la pension de la fonction publique*, L.M. 1989-90, ch. 59.

*Pension Benefits Standards Act, 1985*, R.S.C. 1985, c. 32 (2nd Supp.).

#### Authors Cited

Kaplan, Ari, and Mitch Frazer. *Pension Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.

Manitoba. Legislative Assembly. Standing Committee on Public Utilities and Natural Resources, 2nd Sess., 36th Leg., vol. XLVI, No. 7, October 31, 1996, pp. 295-296, 298-99.

Manitoba. Legislative Assembly. Standing Committee on Public Utilities and Natural Resources, 2nd Sess., 36th Leg., vol. XLVI, No. 15, November 7, 1996, p. 809.

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

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Chartier, Beard and MacInnes JJ.A.), 2012 MBCA 13, 275 Man. R. (2d) 185, 538 W.A.C. 185, 96 C.C.P.B. 20, [2012] 6 W.W.R. 434, [2012] M.J. No. 52 (QL), 2012 CarswellMan 57, reversing a decision of Bryk J., 2010 MBQB 11, 248 Man. R. (2d) 31, 79 C.C.P.B. 180, [2010] 8 W.W.R. 87, [2010] M.J. No. 15 (QL), 2010 CarswellMan 19. Appeal allowed.

*Brian J. Meronek, Q.C., Kris M. Saxberg, D. Tomas Masi, James Cameron and Andrew Astritis*, for the appellants.

*Kevin T. Williams, Paul B. Forsyth and Kyle Dear*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

#### I. Introduction

[1] On January 1, 1997, The Manitoba Telephone System, a Crown corporation, was privatized and became what is now Manitoba Telecom Services Inc. and MTS Allstream Inc. (for simplicity, all of these entities prior to privatization are referred to as “Crown MTS” and after privatization as “MTS”). As a result of the privatization, approximately 7,000 employees and retirees of Crown MTS and its

*Loi sur la pension de la fonction publique*, C.P.L.M. ch. C120, art. 1(1) « prestation de pension », 22(1), 33(7.1).

#### Doctrine et autres documents cités

Kaplan, Ari, and Mitch Frazer. *Pension Law*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2013.

Manitoba. Legislative Assembly. Standing Committee on Public Utilities and Natural Resources, 2nd Sess., 36th Leg., vol. XLVI, No. 7, October 31, 1996, pp. 295-296, 298-99.

Manitoba. Legislative Assembly. Standing Committee on Public Utilities and Natural Resources, 2nd Sess., 36th Leg., vol. XLVI, No. 15, November 7, 1996, p. 809.

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Manitoba (les juges Chartier, Beard et MacInnes), 2012 MBCA 13, 275 Man. R. (2d) 185, 538 W.A.C. 185, 96 C.C.P.B. 20, [2012] 6 W.W.R. 434, [2012] M.J. No. 52 (QL), 2012 CarswellMan 57, qui a infirmé une décision du juge Bryk, 2010 MBQB 11, 248 Man. R. (2d) 31, 79 C.C.P.B. 180, [2010] 8 W.W.R. 87, [2010] M.J. No. 15 (QL), 2010 CarswellMan 19. Pourvoi accueilli.

*Brian J. Meronek, c.r., Kris M. Saxberg, D. Tomas Masi, James Cameron et Andrew Astritis*, pour les appellants.

*Kevin T. Williams, Paul B. Forsyth et Kyle Dear*, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

#### I. Introduction

[1] Le 1<sup>er</sup> janvier 1997, la société d’État Manitoba Telephone System (la « Société de téléphone du Manitoba ») a été privatisée pour former les actuelles Manitoba Telecom Services Inc. et MTS Allstream Inc. (pour simplifier, l’entité antérieure à la privatisation est appelée ci-après « société d’État MTS » et celles postérieures à la privatisation, « MTS »). Par suite de la privatisation, l’actif du



subsidiaries (the “plan members”) had their assets and pension rights transferred to a new pension plan. The assets included a \$43.364 million “actuarial surplus”.

[2] An actuarial surplus occurs in a typical defined benefit pension trust fund when the assets in the trust fund exceed the actuarial estimate of the liabilities of the pension plan at the time of the actuarial assessment. The present case requires us to determine how the case-specific legislation and unique features of the pension plan at issue here affect treatment of an actuarial surplus that had developed as the sole result of employee contributions to a predecessor plan when those funds were rolled into a successor plan.

[3] This Court has considered a number of cases in which the applicable legislation and plan texts have not given plan members the right to an actuarial surplus in a typical defined benefit pension plan. However, entitlement to an actuarial surplus must *always* be decided based on the governing legislation. In this case, the governing legislation leads to a different conclusion regarding the treatment of the actuarial surplus. Here, the applicable legislation required the establishment of a new plan that provides benefits that, at its implementation date, are equivalent in value to the benefits provided under the prior plan. The actuarial surplus that existed at the time of the transfer of assets from the prior plan must be taken into account when determining whether the new plan fulfills this requirement. The governing legislation and the unique features of the original plan distinguish this case from previous cases involving entitlement to the actuarial surplus in a defined benefit pension plan.

[4] During the privatization process of Crown MTS, the plan members sought assurances from Crown MTS and the government that their pensions would remain secure. One of their chief concerns throughout the process was what would happen to any actuarial surplus that existed in their pension fund at the time of privatization because, during the

régime de retraite et les droits à pension d’environ 7 000 employés et retraités de la société d’État MTS et de ses filiales (les « participants ») ont été transférés à un nouveau régime de retraite. L’actif comptait un « surplus actuariel » de 43,364 millions de dollars.

[2] La caisse fiduciaire d’un régime à prestations déterminées type affiche un surplus actuariel lorsque son actif excède l’estimation actuarielle de son passif au moment de l’évaluation. Dans la présente affaire, il nous faut déterminer l’incidence des dispositions législatives spécifiques adoptées en l’espèce et des caractéristiques uniques du régime de retraite en cause sur le sort réservé au surplus actuariel attribuable aux seules cotisations des employés au régime antérieur lors du transfert au nouveau régime.

[3] Notre Cour s’est penchée sur plusieurs affaires où ni les dispositions législatives applicables, ni le texte d’un régime à prestations déterminées type n’accordaient aux participants un droit sur le surplus actuariel. Or, un tel droit dépend *toujours* des dispositions législatives applicables. Dans le présent dossier, la disposition législative applicable mène à une conclusion différente sur ce point. Elle exige la mise sur pied d’un nouveau régime qui offre, le jour de sa mise en œuvre, des prestations de valeur équivalente à celle des prestations de l’ancien régime. Pour déterminer si le nouveau régime satisfait à cette exigence, il faut tenir compte du surplus actuariel affiché au moment du transfert de l’actif du régime antérieur. Les dispositions législatives applicables et les caractéristiques uniques du régime initial distinguent le présent dossier des affaires antérieures où notre Cour s’est prononcée sur le droit au surplus actuariel d’un régime de retraite à prestations déterminées.

[4] Pendant le processus de privatisation de la société d’État MTS, les participants ont demandé à celle-ci et au gouvernement l’assurance que leur caisse de retraite serait protégée. L’une de leurs principales craintes tout au long de ce processus portait sur le sort qui serait réservé au surplus actuariel, car dans le cadre du régime de retraite initial, il n’avait

operation of the original pension plan, such surplus had never been used except for their benefit. The plan members received several assurances from Crown MTS and the government that any surplus that existed in the original pension fund at the time of privatization would not be used to reduce MTS's cost of, and share of contributions to, the new pension plan.

[5] At the time of privatization, the original pension fund had an actuarial surplus of \$43.364 million (the "Initial Surplus"). All of the original plan's assets, including the Initial Surplus, were transferred to the new pension plan. However, the provisions of the new pension plan made it virtually impossible for the plan members to ever receive any benefit funded by the Initial Surplus. Instead, MTS has been able to use the Initial Surplus to take contribution holidays, which allow it to offset contributions it would otherwise be required to make to the pension fund.

[6] The issue in this case is whether MTS — by structuring the new plan such that the Initial Surplus would never be used to the plan members' benefit — violated legal duties that arose in accordance with (1) *The Manitoba Telephone System Reorganization and Consequential Amendments Act*, S.M. 1996, c. 79 (the "*Reorg. Act*"); (2) a Memorandum of Agreement ("*MOA*") it signed with representatives of the plan members; or (3) other written representations it made to the plan members prior to the privatization that any surplus transferred would not be used to reduce MTS's cost of, or contributions to, the pension plan.

[7] I have concluded that MTS has violated the terms of the *Reorg. Act*, that this conclusion is not inconsistent with the *MOA*, and that it is unnecessary to decide whether MTS's other written representations had legal effect and were breached. In light of deficiencies in the record and the financial complexity of the issues, I would reinstate the trial judge's order requiring MTS to make the \$43.364 million in Initial Surplus plus "interest

été utilisé qu'à leur avantage. La société d'État MTS et le gouvernement ont maintes fois assuré les participants que tout surplus du régime de retraite initial affiché au moment de la privatisation ne servirait pas à diminuer le coût supporté par MTS à l'égard du nouveau régime ou ses cotisations à celui-ci.

[5] Au moment de la privatisation, le surplus actuariel du régime de retraite initial s'élevait à 43,364 millions de dollars (le « surplus initial »). La totalité de l'actif, y compris le surplus initial, a été transférée au nouveau régime. Toutefois, le texte du nouveau régime rendait pratiquement impossible aux participants de bénéficier de quelque avantage grâce au surplus initial. Par contre, MTS s'est accordé des périodes d'exonération de cotisations en retranchant du surplus le montant de ses cotisations exigibles par ailleurs.

[6] Il faut décider en l'espèce si, en concevant le nouveau régime de telle sorte que le surplus initial ne puisse jamais être utilisé à l'avantage des participants, MTS a manqué à ses obligations suivant (1) la *Loi concernant la réorganisation de la Société de téléphone du Manitoba et apportant des modifications corrélatives*, L.M. 1996, ch. 79 (la « *Loi sur la réorganisation* »), (2) le protocole d'entente intervenu avec les représentants des participants (le « PE ») ou (3) tout autre engagement écrit envers les participants, antérieur à la privatisation, à l'effet de ne pas affecter le surplus transféré à la réduction du coût supporté par MTS relativement au nouveau régime de retraite ou de ses cotisations à celui-ci.

[7] Je conclus que MTS a contrevenu aux dispositions de la *Loi sur la réorganisation*, que cette conclusion n'est pas incompatible avec le PE et qu'il n'est pas nécessaire de décider si d'autres engagements écrits de MTS ont un effet juridique et s'ils ont été respectés ou non. Vu les lacunes du dossier et la complexité financière des questions soulevées, je suis d'avis de rétablir le jugement de première instance qui ordonne à MTS de mettre à

at the New Plan rate of return from January 1, 1997 to the date of payment” (“plan rate interest”) available to the plan members to be used to pay for enhancements to their pension benefits (2010 MBQB 11, 248 Man. R. (2d) 31, at para. 518). Should the parties be unable to settle how the \$43.364 million plus plan rate interest is to be made available to plan members, the matter shall be remanded to the trial judge for any necessary determinations.

## II. Factual Background

[8] On January 1, 1997, Crown MTS was privatized. As a result of the privatization, approximately 7,000 employees and retirees of Crown MTS and its subsidiaries had their assets and pension rights transferred to a new pension plan.

[9] Resolution of the legal issues in this case requires consideration of the plan members’ pension entitlements prior to privatization, the events that occurred leading up to the privatization, and the plan members’ pension entitlements under the new pension plan that was created as a result of the privatization.

### A. *The Pension Plan Prior to Privatization*

[10] Prior to privatization, Crown MTS employees and retirees were members of a pension plan created by the Government of Manitoba for its employees and the employees of its Crown corporations (the “Old Plan”). The Old Plan was created by statute, which at all times relevant to this litigation was *The Civil Service Superannuation Act*, C.C.S.M. c. C120 (“CSSA”). The CSSA provided the plan text for the Old Plan.

[11] The Old Plan was a contributory defined benefit pension plan with certain unique features that vary from those of traditional defined benefit plans. Similar to a typical defined benefit plan, under the Old Plan, eligible employees were required to contribute a percentage of their pensionable earnings to the plan fund. Upon retirement, employees with

la disposition des participants le surplus initial de 43,364 millions de dollars majoré [TRADUCTION] « de l’intérêt couru au taux de rendement du nouveau régime du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au jour du paiement » (l’« intérêt au taux du régime ») en vue de la bonification de leurs prestations de retraite (2010 MBQB 11, 248 Man. R. (2d) 31, par. 518). Si les parties n’arrivent pas à s’entendre sur les modalités de mise à disposition de cette somme, le dossier sera renvoyé au juge de première instance pour qu’il rende toute décision alors rendue nécessaire.

## II. Contexte factuel

[8] Par suite de la privatisation de la société d’État MTS le 1<sup>er</sup> janvier 1997, l’actif du régime de retraite et les droits à pension d’environ 7 000 employés et retraités de l’entreprise et de ses filiales ont été transférés à un nouveau régime.

[9] Trancher les questions en litige dans la présente affaire exige l’examen des droits à pension des participants avant la privatisation, des événements qui ont mené à celle-ci et des droits à pension des participants aux termes du nouveau régime de retraite créé après la privatisation.

### A. *Le régime de retraite antérieur à la privatisation*

[10] Avant la privatisation, les employés et les retraités de la société d’État MTS participaient à un régime de retraite établi par le gouvernement du Manitoba au bénéfice de ses employés et de ceux de ses sociétés d’État. Ce régime (l’« ancien régime ») avait été constitué par la *Loi sur la pension de la fonction publique*, C.P.L.M. ch. C120 (« LPFP »), le texte législatif applicable pendant toute la période considérée en l’espèce. La LPFP établissait le texte de l’ancien régime.

[11] Il s’agissait d’un régime contributif à prestations déterminées dont certaines caractéristiques différaient des caractéristiques habituelles d’un tel régime. Comme un régime à prestations déterminées type, l’ancien régime prévoyait que l’employé admissible devait verser à la caisse de retraite un certain pourcentage de ses gains admissibles. À la

vested pensions were entitled to receive a monthly superannuation allowance determined by a formula that took into account their years of service and average salary during the best 5 years of their last 12 years of employment. However, unlike a typical defined benefit plan, the government as employer did not contribute to the plan fund. Rather, the government paid its share of the benefits on a “pay-as-you-go” basis, meaning that instead of matching employee contributions at the time they were paid into the pension fund, the government instead paid half of the benefits owed to retirees at the time they became due (trial reasons, at para. 25).

[12] The effect of this arrangement was that as of 1961, the Old Plan’s pension fund, referred to as the Civil Service Superannuation Fund (“CSSF”), contained only employee contributions and “interest”, which, although undefined by the CSSA, was in practice, a rate based on the returns on the fund’s assets. Those funds would be used to pay for 50 percent of the plan’s liabilities to its plan members, with the other 50 percent being paid for by the government on an ongoing basis.

[13] Although it was not legally required to do so, Crown MTS maintained a separate account, referred to as the pension reserve, which was used to ensure that it had enough funds to cover its liabilities under the pension plan. The pension reserve was not a trust fund; the money in the reserve remained available for Crown MTS to use for other purposes, although it never did so.

[14] The Old Plan also provided that plan members’ monthly superannuation allowance could be supplemented by cost of living adjustments (“COLA”) to account for inflation. Payments of the plan members’ share of COLA under the Old Plan were made from a separate account, the Superannuation Adjustment Account (“SAA”). When employees contributed to the Old Plan, a percentage of each contribution was credited to the SAA. The assets of the SAA were held separately from the CSSF and the SAA earned interest at the plan’s rate of return.

retraite, l’employé qui avait acquis le droit à une pension touchait une allocation mensuelle dont le montant était calculé selon une formule qui tenait compte de ses années de service et du salaire moyen gagné pendant les 5 meilleures années au cours des 12 dernières années de service. Cependant, contrairement à l’employeur dans le cadre d’un régime à prestations déterminées type, le gouvernement ne cotisait pas à la caisse de retraite, mais payait plutôt sa part des prestations lorsqu’elles devenaient exigibles. Ainsi, au lieu de verser à la caisse de retraite des cotisations égales à celles des employés, le gouvernement payait plutôt la moitié des prestations dues aux retraités au moment de l’exigibilité (motifs de première instance, par. 25).

[12] Dès lors, depuis 1961, la caisse de retraite de l’ancien régime (la « Caisse de retraite de la fonction publique » ou « CRFP ») n’était constituée que des cotisations des employés et d’un « intérêt » dont le taux, non défini par la *LPFP*, était fondé dans les faits sur celui du rendement de l’actif. Ces sommes étaient affectées au paiement de la moitié des obligations du régime envers les participants, l’autre moitié étant versée par le gouvernement de manière ponctuelle.

[13] Sans y être tenue légalement, la société d’État MTS conservait dans un compte distinct — la réserve de la caisse — des fonds suffisants pour acquitter le passif du régime. Il ne s’agissait pas d’une caisse fiduciaire, car les fonds demeuraient à la disposition de l’entreprise, qui pouvait les affecter à autre chose même si elle ne l’a jamais fait.

[14] Suivant l’ancien régime, l’allocation mensuelle versée aux participants pouvait être ajustée au coût de la vie pour tenir compte de l’inflation. La quote-part du participant de l’ajustement au coût de la vie était prélevée d’un compte distinct, le compte de redressement de retraite (« CRR »). Un pourcentage de chacune des cotisations de l’employé était porté au crédit du CRR, dont l’actif était détenu séparément de la CRFP et portait intérêt au taux de rendement du régime.

[15] The amount of COLA to be paid to plan members from the SAA was determined by the plan actuary, based on some fraction of the Consumer Price Index (“CPI”). The target COLA paid from the plan was 2/3 of CPI and COLA of up to 2/3 of CPI was automatically authorized to the extent that doing so would not result in an unfunded liability in the SAA. A prefunding requirement referred to as the “20-year rule” prevented the plan actuary from authorizing COLA in excess of 2/3 CPI if he determined that the SAA had insufficient funds “to make all required adjustment payments on a continuing basis for the immediately ensuing period of 20 years” (CSSA, s. 33(7.1), as per *The Civil Service Superannuation Amendment Act*, S.M. 1989-90, c. 59, in force March 15, 1990). In other words, the plan actuary could not authorize COLA of, for example, 100 percent CPI if the SAA did not contain sufficient assets to finance 20 years of the plan members’ share of the COLA at a rate of 100 percent CPI (CSSA, s. 33(7.1)). The purpose of the 20-year prefunding requirement was to reduce the likelihood that funds from the SAA would be overspent on current retirees, such that the SAA would be unable to pay COLA to future retirees. The government was only required to match COLA payments from the SAA that were payable under the CSSA.

[16] From time to time, the Old Plan would experience an actuarial surplus, meaning that the amount of funds in the CSSF and SAA exceeded 50 percent of the actuarial estimate of the plan’s liabilities. The governance mechanism set out by the CSSA allowed the plan members to negotiate with the government to use such surplus to finance enhancements to their benefits. In particular, when surplus existed, the plan’s Liaison Committee (which was composed of representatives of plan members) would make proposals for the use of surplus to the plan’s Advisory Committee (which was composed of government representatives). Upon an agreement between the committees, the legislature always amended the CSSA to implement the enhancements.

[15] L’ajustement au coût de la vie accordé au participant par prélèvement sur le CRR était déterminé par l’actuaire du régime en fonction d’un certain pourcentage de l’indice des prix à la consommation (« IPC »). Idéalement, l’ajustement au coût de la vie correspondait aux deux tiers de l’IPC et il était automatiquement autorisé jusqu’à concurrence de ce pourcentage s’il n’en résultait pas de passif non provisionné dans le CRR. Une obligation de préfinancement — la « règle des 20 ans » — empêchait l’actuaire du régime d’autoriser un ajustement au coût de la vie à raison de plus des deux tiers de l’IPC s’il constatait que le CRR n’était pas suffisamment provisionné « pour garantir le paiement de tous les redressements nécessaires pendant les vingt années à venir » (LPFP, par. 33(7.1), ajouté dans la *Loi modifiant la Loi sur la pension de la fonction publique*, L.M. 1989-90, ch. 59, en vigueur le 15 mars 1990). Autrement dit, l’actuaire ne pouvait autoriser un ajustement au coût de la vie à raison, par exemple, de 100 p. 100 de l’IPC si le CRR n’était pas suffisamment provisionné pour financer le paiement de la quote-part des participants pendant 20 ans à raison de 100 p. 100 de l’IPC (LPFP, par. 33(7.1)). La règle des 20 ans visait à réduire le risque que seuls les retraités actuels bénéficient du CRR et que celui-ci ne permette pas l’ajustement au coût de la vie des allocations versées aux futurs retraités. Le gouvernement devait uniquement verser un montant égal à l’ajustement au coût de la vie prélevé sur le CRR et exigible en application de la LPFP.

[16] De temps à autre, l’ancien régime affichait un surplus actuariel, c’est-à-dire que les fonds de la CRFP et du CRR représentaient plus de 50 p. 100 de l’estimation actuarielle du passif du régime. Les modalités de gouvernance établies par la LPFP permettaient aux participants de convenir avec le gouvernement que le surplus serait affecté à bonification de leurs prestations. Plus précisément, en cas de surplus, le comité de liaison (composé de représentants des participants) proposait au comité consultatif (composé de représentants du gouvernement) différentes affectations. Après la conclusion d’un accord par les deux comités, le législateur modifiait toujours la LPFP pour donner effet aux bonifications convenues.

[17] Proposals for the use of actuarial surplus were always made at the plan members' initiative and surplus was used only to the plan members' benefit, out of recognition that the surplus was created solely by virtue of employee contributions to the CSSF. However, when an agreement was reached to use surplus funds to pay for enhancements, the government was not required to and at times refused to match the amount paid from the CSSF. Actuarial surpluses were at times used to supplement COLA, but such use of actuarial surplus was sporadic.

[18] At the time that Crown MTS was privatized, the Old Plan had a \$43.364 million actuarial surplus. For the purposes of this appeal, the amount of the surplus, as confirmed by the Court of Appeal and accepted by the parties, is not disputed.

#### B. *The Road to Privatization*

[19] The process of privatizing Crown MTS began in early 1996. In May 1996, the legislature introduced for first reading Bill 67, which would govern the privatization of Crown MTS. Bill 67 ultimately became the *Reorg. Act*. The Bill provided, in the only section devoted to employee benefits, that plan members would be deemed to consent to the termination of their participation in the Old Plan and to have the assets, liabilities and agreements of the Old Plan transferred to a new pension plan (s. 15(8)). Section 15(2)(a) of the Bill stated that MTS was required to establish a “new plan which shall provide for benefits which on the implementation date are equivalent in value to the pension benefits to which employees have or may have become entitled under *The Civil Service Superannuation Act* [i.e. the Old Plan]” (the “New Plan”).

[20] Upon learning of the possibility of privatization, the plan members became concerned about the security of their pensions. Shortly after the introduction of Bill 67, a group of employees and retirees formed the Employee Retiree Pension Committee (“ERPC”). That Committee, along with

[17] Les propositions d'affectation du surplus actuariel étaient toujours le fait des participants; le surplus n'était affecté qu'à l'avantage des participants, car il résultait uniquement des cotisations des employés à la CRFP. Toutefois, lorsque les parties convenaient de bonifications, le gouvernement n'était pas tenu de verser — et il a parfois refusé de le faire — une somme égale à celle prélevée sur la CRFP. Le surplus actuariel a parfois servi à accroître le pourcentage d'ajustement au coût de la vie, mais seulement de manière sporadique.

[18] Au moment de la privatisation de la société d'État MTS, l'ancien régime affichait un surplus actuariel de 43,364 millions de dollars. Aux fins du présent pourvoi, le montant du surplus, confirmé par la Cour d'appel et reconnu par les parties, n'est pas en litige.

#### B. *Le processus de privatisation*

[19] La privatisation de la société d'État MTS a été entreprise au début de 1996. Au mois de mai, le législateur a déposé en première lecture le projet de loi 67, qui est ensuite devenu la *Loi sur la réorganisation*. Selon le seul article consacré aux avantages des employés, les participants étaient réputés consentir à la cessation de leur participation à l'ancien régime et au transfert au nouveau régime de l'actif et du passif de l'ancien, de même que des ententes qui s'y rattachaient (par. 15(8)). Suivant l'al. 15(2)a) du projet de loi, MTS était tenue de créer un « nouveau régime conçu de façon à permettre le versement de prestations qui sont, à la date de mise en œuvre, au moins équivalentes [dans la version anglaise, *equivalent in value*] à celles que les employés reçoivent ou pourraient recevoir en vertu de la *Loi sur la pension de la fonction publique* [c.-à-d. l'ancien régime] » (le « nouveau régime »).

[20] Informés du projet de privatisation, les participants ont craint de voir compromis leurs droits à pension. Peu après le dépôt du projet de loi 67, des employés et des retraités ont formé un comité du régime de retraite des employés (le « Comité »). Certains des syndicats représentant les employés

some of the unions representing employees, sought involvement in privatization discussions to ensure that the pension benefits enjoyed by plan members under the Old Plan would be continued under the New Plan. One of the plan members' main concerns regarding the security of their pensions was what would happen to the Initial Surplus — which, under the Old Plan, would have been available to pay for benefit enhancements — in the transition to the New Plan. They wanted assurance that it would only be used as it had in the past, that is, to fund pension improvements and to enhance COLA benefits.

[21] The ERPC and the relevant unions engaged in meetings and communications with representatives of MTS, including its President and Chief Executive Officer, William Chisholm Fraser. Throughout the process, the plan members sought access to the plan text that was being drafted by MTS and relevant government officials to govern the New Plan. However, they were consistently refused access to the draft plan text. MTS took the position that it had been given the mandate to create the New Plan and that mandate did not require consultation or negotiation with the employee/retiree groups.

[22] The plan members nonetheless sought clarification from MTS as to how the Initial Surplus would be treated upon privatization. In response, they received assurances that any surplus in the Old Plan would be transferred to the new pension plan and would not be used to reduce MTS's cost of, and share of contributions to, that plan. In one letter that the ERPC sent to Mr. Fraser, it posed the following questions regarding treatment of the Initial Surplus:

Included in the transfer amount defined in Section 15(1) of Bill 67 is a potential employees "surplus portion" of the Civil Service Superannuation Fund (C.S.S.F.). Although the final amount of the said employees "surplus portion" has not yet been determined by Turnbull & Turnbull, Actuary for C.S.S.F., please provide answers to the following:

a) Will the employees "surplus portion" of the transfer amount become part of the new plan?

et le Comité ont demandé à prendre part aux tractations en cours afin d'assurer la pérennité des droits à pension des participants. L'une des principales craintes des participants portait sur le sort du surplus initial — lequel, dans le cadre de l'ancien régime, avait servi à bonifier les prestations. Ils ont demandé l'assurance que le surplus continuerait d'être affecté seulement à la bonification des prestations et à l'accroissement du pourcentage d'ajustement au coût de la vie.

[21] Le Comité et les syndicats en cause ont rencontré les représentants de MTS, dont son président-directeur général, William Chisholm Fraser, et ont par ailleurs communiqué avec eux. Tout au long du processus, les participants ont cherché à connaître le texte du régime dont la rédaction était en cours par MTS et les représentants du gouvernement chargés du dossier. Or, ils se sont toujours vu refuser l'accès à l'ébauche du texte du régime. MTS soutenait avoir pour mandat de créer le nouveau régime et que cela ne l'obligeait pas à tenir des consultations ou des négociations avec les groupes d'employés et de retraités.

[22] Les participants ont néanmoins demandé des précisions sur ce qu'il adviendrait du surplus initial après la privatisation. Ils ont obtenu l'assurance que tout surplus serait transféré au nouveau régime de retraite et qu'il ne serait pas affecté à la diminution du coût supporté par MTS relativement au nouveau régime ou de ses cotisations à celui-ci. Dans une lettre adressée à M. Fraser, le Comité a formulé les questions suivantes à ce sujet :

[TRADUCTION] La somme transférée définie au par. 15(1) du projet de loi 67 englobe le « surplus » éventuel de la caisse de retraite de la fonction publique (C.R.F.P.) attribuable aux employés. Bien que le montant définitif de ce « surplus » n'ait pas encore été déterminé par l'actuaire de la caisse, Turnbull & Turnbull, veuillez répondre aux questions suivantes :

a) Le « surplus » attribuable aux employés et compris dans la somme transférée fera-t-il partie du nouveau régime?

- |   |   |
|---|---|
| <p>b) Will the employees “surplus portion” of the transfer amount be used to enhance the employees [<i>sic</i>] share of the benefit improvements?</p> <p>c) Will the employees “surplus portion” of the transfer amount be used to reduce the employer’s cost to the plan?</p> <p>d) Please outline how these [<i>sic</i>] employees “surplus portion” will be invested in a separate trust account on behalf of the employees.</p> <p>e) Will MTS match the contribution of the employees “surplus portion” of the transfer amount by contributing an identical amount to the new plan? [A.R., vol. VII, at p. 104]</p> | <p>b) Ce « surplus » sera-t-il utilisé pour accroître la quote-part des employés de la bonification des prestations?</p> <p>c) Ce « surplus » sera-t-il utilisé pour permettre à l’employeur de diminuer le coût du régime qu’il supporte?</p> <p>d) Veuillez préciser les modalités selon lesquelles ce « surplus » sera investi dans un compte en fiducie distinct au nom des employés.</p> <p>e) MTS fera-t-elle une contribution égale au « surplus » attribuable aux employés compris dans la somme transférée au nouveau régime? [d.a., vol. VII, p. 104]</p> |
|---|---|

[23] Mr. Fraser responded to this letter, stating:

[23] La réponse de M. Fraser a été la suivante :

[TRADUCTION]

- |   |   |
|---|---|
| <p>(a) <u>In accordance with the definition of “transfer amount” in subsection 15(1) of Bill 67, any surplus will form part of the transfer amount that will be transferred from the Civil Service Superannuation Fund (CSSF) to the trust fund that will be created in connection with the new pension plan to be registered under the PBSA and the <i>Income Tax Act</i>.</u></p> <p>(b) &amp; (c) <u>Once the amount of the surplus is determined and transferred to the trust fund, an analysis will be undertaken to determine the most appropriate use of the surplus in connection with the pension plan. However, this surplus will not be used to reduce the employer’s cost of, and share of contributions to, the new pension plan.</u> [Emphasis added; A.R., vol. VII, at p. 108.]</p> | <p>a) <u>Selon la définition de « somme transférée » figurant au par. 15(1) du projet de loi 67, le surplus fera partie de la somme transférée de la caisse de retraite de la fonction publique (CRFP) à la caisse fiduciaire créée aux fins du nouveau régime de retraite qui sera agréé sous le régime de la LNPP et de la <i>Loi de l’impôt sur le revenu</i>.</u></p> <p>b) et c) <u>Une fois le montant du surplus déterminé puis transféré à la caisse fiduciaire, une analyse aura lieu pour décider de son utilisation la plus appropriée en liaison avec le régime de retraite. Toutefois, le surplus ne servira pas à diminuer les coûts supportés par l’employeur relativement au nouveau régime de retraite ou ses cotisations à celui-ci.</u> [Je souligne; d.a., vol. VII, p. 108.]</p> |
|---|---|

In another letter addressed to the ERPC’s counsel, Mr. Fraser reiterated that any surplus transferred from the Old Plan would “not be used to reduce MTS’ cost of, and share of contributions to, the new pension plan” (A.R., vol. VIII, at p. 117).

Dans une autre lettre adressée à l’avocat du Comité, M. Fraser réaffirme que tout surplus éventuel transféré [TRADUCTION] « ne servira pas à diminuer les coûts supportés par l’employeur relativement au nouveau régime de retraite ou ses cotisations à celui-ci » (d.a., vol. VIII, p. 117).

[24] The plan members also voiced their concerns regarding the Initial Surplus to the legislature. In October 1996, the ERPC made a presentation to the Standing Committee on Public Utilities and Natural Resources, stressing that surplus in the Old Plan had “historically been utilized for purposes

[24] Les participants ont également fait part au législateur de leurs craintes concernant le surplus initial. En octobre 1996, le Comité a présenté au comité permanent des services publics et des ressources naturelles un exposé dans lequel il soulignait que, dans l’ancien régime, le surplus avait



of enhancing benefits” and requesting an amendment to clarify that any surplus existing at the time of the transfer “is not dissipated or otherwise rendered marginal when the employer’s liability is determined through subsequent actuarial calculations” (Manitoba, Legislative Assembly, 2nd Sess., 36th Leg., vol. XLVI, No. 7, October 31, 1996, at pp. 295-96). The plan members subsequently presented a petition to the legislature with 1,525 signatures, which reiterated their interest in the funds transferred to the New Plan and in having the New Plan mirror the Old Plan to the extent possible.

[25] The government became concerned that the issues that had been raised by the ERPC were not being addressed and about possible opposition to the *Reorg. Act*. The Honourable Glen Findlay, the Minister responsible for Crown MTS, requested an update from MTS on the privatization process and the concerns that had been raised by the ERPC. On November 6, 1996, Mr. Fraser sent a memorandum to Minister Findlay that described the plan members’ concern about the treatment of the Initial Surplus and reiterated the message he had communicated to the ERPC: “MTS has undertaken that any such surplus will not be used to reduce MTS’s cost or share of contributions to the new pension plan” (A.R., vol. VIII, at p. 156).

[26] Despite Mr. Fraser’s assurances, the ERPC remained concerned that the plan members’ interests were not adequately protected. This led to two meetings on November 7, 1996. First, Jules Benson, Secretary to the Treasury Board, summoned Mr. Fraser to the legislature to discuss the plan members’ concerns, including the treatment of the Initial Surplus. Several government officials, including Ministers Findlay, Darren Praznik (Deputy House Leader), and Eric Stefanson (Minister of Finance) were also in attendance.

[27] The same day, Deputy House Leader Praznik and Tom Stefanson, Chairman of the MTS Board of Directors, arranged for a second meeting between representatives from the ERPC, the unions that had

[TRADUCTION] « toujours servi à bonifier les prestations » et il a demandé qu’une modification précise que tout surplus au moment du transfert « ne soit pas dilapidé ou par ailleurs rendu infime une fois l’obligation de l’employeur déterminée à l’issue d’un calcul actuariel ultérieur » (Manitoba, Assemblée législative, 2<sup>e</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., vol. XLVI, n<sup>o</sup> 7, 31 octobre 1996, p. 295-296). Les participants ont par la suite déposé à l’assemblée législative une pétition revêtue de 1 525 signatures qui réaffirmait leur intérêt à l’égard des sommes transférées et demandait à ce que le nouveau régime s’apparente le plus possible à l’ancien.

[25] Le gouvernement a commencé à craindre qu’il ne soit pas donné suite aux questions soulevées par le Comité et que la *Loi sur la réorganisation* soit contestée. Le ministre responsable de la société d’État MTS, l’honorable Glen Findlay, a demandé à MTS de faire le point sur le processus de privatisation et sur les craintes exprimées par le Comité. Le 6 novembre 1996, dans une note de service transmise au ministre Findlay, M. Fraser a fait état de l’inquiétude des participants quant au sort du surplus initial et confirmé ce qu’il avait dit au Comité, à savoir que [TRADUCTION] « MTS s’est engagée à ce que tout surplus de la caisse ne serve pas à diminuer le coût qu’elle supporte relativement au nouveau régime ou ses cotisations à celui-ci » (d.a., vol. VIII, p. 156).

[26] Malgré les assurances de M. Fraser, le Comité craignait toujours que les droits des participants ne soient pas bien protégés. Deux rencontres ont donc eu lieu le 7 novembre 1996. D’abord, le secrétaire du Conseil du Trésor, Jules Benson, a convoqué M. Fraser à l’assemblée législative pour discuter des préoccupations des participants, y compris le sort du surplus initial. Plusieurs représentants du gouvernement, dont les ministres Findlay, Darren Praznik (leader parlementaire adjoint) et Eric Stefanson (ministre des Finances) étaient également présents.

[27] Le même jour, le leader parlementaire adjoint Praznik et le président du conseil d’administration de MTS, Tom Stefanson, ont organisé une deuxième rencontre entre les représentants du Comité, ceux

also voiced concerns, and Mr. Fraser (by telephone), with the objective of brokering an agreement between the parties. At this point, the plan members had still not been provided with a copy of the draft plan text for the New Plan. However, according to the trial judge's findings, a background assumption during these meetings was that the plan members would retain the influence over the use of the Initial Surplus that they experienced under the Old Plan.

[28] The outcome of the second meeting was the MOA, signed by Mr. Fraser, representatives of the ERPC, representatives of the employee unions, as well as Deputy House Leader Praznik and Minister Eric Stefanson. With respect to the Initial Surplus, para. 3 of the MOA provided:

Any initial surplus from the CSSF would be allocated to the new pension plan trust fund to fund future cost of living adjustments. In subsequent years the financial position of the COLA Account will be reviewed by the plans [*sic*] actuary, if sufficient additional assets exist in the account beyond those required for the stated COLA increase for a particular year then pension benefits may be increased provided that the liability for the pension plan in total does not increase due to the change in benefits. [A.R., vol. VIII, at p. 158]

[29] The MOA also provided that the transfer of assets from the Old Plan to the new pension plan would be reviewed by actuaries retained by the employee unions and an actuary retained by MTS, as well as the Old Plan's actuary. Further, in the event of any disagreement regarding the actuarial evaluation or the matters described in para. 3 of the MOA, the matter would be referred to an actuary appointed by the Provincial Auditor.

[30] Following the signing of the MOA, the legislature made three amendments to Bill 67. First, the legislature added s. 15(3), which provided that the Provincial Auditor would appoint an independent actuary to review the terms of the New Plan to determine whether, as of the implementation date, the benefits it provided were "equivalent in value" to those under the Old Plan, as required by s. 15(2)(a). Second, the legislature added s. 15(4), which provided that MTS "shall take any steps necessary to

des syndicats qui s'étaient également montrés inquiets et (au téléphone) M. Fraser afin qu'une entente intervienne entre les parties. À ce moment, les participants n'avaient toujours pas obtenu copie de l'ébauche du texte du nouveau régime. Toutefois, selon les conclusions du juge de première instance, lors de ces échanges, il était tenu pour acquis que les participants continueraient, comme dans le cadre de l'ancien régime, d'avoir voix au chapitre quant à l'utilisation du surplus initial.

[28] La deuxième rencontre a débouché sur le PE auquel M. Fraser, les représentants du Comité, ceux des syndicats, ainsi que le leader parlementaire adjoint Praznik et le ministre Eric Stefanson ont apposé leur signature. Le troisième paragraphe du PE prévoyait ce qui suit au sujet du surplus initial :

[TRADUCTION] Tout surplus initial de la CRFP sera affecté à la caisse fiduciaire du nouveau régime de retraite pour financer l'ajustement ultérieur au coût de la vie. Chaque année subséquente, la situation financière du compte d'ajustement au coût de la vie sera examinée par l'actuaire du régime. Si l'actif dépasse le montant alors requis pour l'ajustement prévu, les prestations de retraite pourront être majorées, à condition qu'il n'en résulte pas d'accroissement du passif total du régime de retraite. [d.a., vol. VIII, p. 158]

[29] Le PE prévoyait aussi que les actuaires des syndicats d'employés, l'actuaire de MTS et celui de l'ancien régime examineraient le transfert de l'actif de l'ancien régime au nouveau. En cas de désaccord sur l'évaluation actuarielle ou l'un des éléments visés au par. 3, le dossier serait confié à un actuaire nommé par le vérificateur provincial.

[30] Après la signature du PE, trois modifications ont été apportées au projet de loi 67. Premièrement, on a ajouté le par. 15(3), lequel prévoit que le vérificateur provincial nomme un actuaire indépendant afin qu'il établisse si, le jour de la mise en œuvre, les conditions du nouveau régime font en sorte que les prestations sont de valeur équivalente à celle des prestations de l'ancien régime, conformément à l'al. 15(2)a). Deuxièmement, il y a eu adjonction du par. 15(4), selon lequel MTS « prend les

resolve any concerns raised by the independent actuary” in his report. Finally, the legislature added s. 15(11), which clarified that nothing in s. 15 should be interpreted as nullifying the effect of the MOA.

[31] The *Reorg. Act* was passed and received royal assent on November 28, 1996. Accordingly, Crown MTS was privatized, effective January 1, 1997.

### C. *The Pension Plan After Privatization*

[32] The *Reorg. Act* required MTS to establish a new pension plan to which the assets and liabilities of the Old Plan attributable to MTS plan members would be transferred. The terms of the New Plan were set forth in the plan text drafted by the government and MTS during the privatization process (the “New Plan Text”).

[33] The New Plan is a contributory defined benefit plan. It is not disputed that the New Plan was not materially different from the Old Plan with respect to the ongoing contributions employees were required to make or the monthly defined benefits payable to retired plan members.

[34] However, upon privatization, the New Plan had to be and indeed was registered under the *Pension Benefits Standards Act, 1985*, R.S.C. 1985, c. 32 (2nd Supp.) (“*PBSA*”), and the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”). Compliance with the *PBSA* and the *ITA* required the New Plan to differ in many respects from the Old Plan.

[35] One of the primary differences required by the *PBSA* was that MTS could not continue to operate the pension on the pay-as-you-go model of the Old Plan. Rather, *PBSA* compliance required MTS to ensure that the New Plan was fully funded on an ongoing basis. In other words, as the trial judge observed:

mesures nécessaires afin de régler les questions que soulève l’actuaire indépendant » dans son rapport. Troisièmement, le nouveau par. 15(11) précise que l’art. 15 n’a pas pour effet d’annuler le PE.

[31] La *Loi sur la réorganisation* a été adoptée et a reçu la sanction royale le 28 novembre 1996, et la société d’État MTS a donc été privatisée le 1<sup>er</sup> janvier 1997.

### C. *Le régime de retraite après la privatisation*

[32] La *Loi sur la réorganisation* exigeait de MTS qu’elle mette en œuvre un nouveau régime de retraite auquel seraient transférés l’actif et le passif de l’ancien régime attribuables aux participants de son régime. En cours de privatisation, le gouvernement et MTS avaient établi une ébauche du texte du nouveau régime (le « texte du nouveau régime »).

[33] Le nouveau régime en était un à prestations déterminées. Les parties reconnaissent qu’il ne différait pas sensiblement de l’ancien en ce qui concerne les cotisations que les employés devaient continuer de verser ou les prestations déterminées mensuelles auxquelles avaient droit les participants retraités.

[34] Or, une fois la société d’État privatisée, le nouveau régime devait être agréé — et il l’a été — en application de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. 1985, ch. 32 (2<sup>e</sup> suppl.) (« *LNPP* »), et de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (« *LIR* »). Suivant la *LNPP* et la *LIR*, le nouveau régime devait se distinguer de l’ancien sous de nombreux rapports.

[35] L’une des principales différences découlant de la *LNPP* était que MTS ne pouvait plus s’acquitter de ses obligations ponctuellement, mais devait plutôt veiller à ce que le nouveau régime soit toujours entièrement capitalisé. En d’autres mots, comme le fait observer le juge de première instance :

. . . MTS was required to pay their share of the cost of benefits “up front” just as did the employees. There were also additional payments required depending upon the financial status of the Fund. The employees were guaranteed benefits for which they were required to pay a fixed amount. Any cost over and above was the sole responsibility of MTS. [para. 304]

The terms of the New Plan Text provided accordingly.

[36] All the assets and liabilities of the Old Plan attributable to MTS plan members, including the Initial Surplus, were transferred to the New Plan. In addition, all of the funds Crown MTS had been maintaining in its pension reserve were transferred to the New Plan. The amount transferred from the pension reserve was equal to slightly more than its 50 percent share of the liabilities that existed at the time of privatization. The effect was that the New Plan was fully funded as of the implementation date, with a surplus approximately equal to the Initial Surplus transferred from the Old Plan.

[37] Because MTS had sole responsibility for the ongoing liabilities of the New Plan, the New Plan Text provided that MTS would have exclusive control over *ongoing* actuarial surpluses that resulted from contributions to the plan fund and earnings of the fund. For instance, consistent with the *PBSA* and the New Plan Text, MTS could use the *ongoing* actuarial surplus in the New Plan to reduce its regular contributions to the pension fund, referred to as a “contribution holiday”.

[38] Although the plan members challenged MTS’s right to control ongoing actuarial surpluses before the trial court, they abandoned that position on appeal. However, acceptance of MTS’s control over ongoing actuarial surpluses in the New Plan should not be confused with the issue of control over and proper use of the Initial Surplus, which is at the centre of this appeal.

[39] Under the New Plan, COLA was administered using a notional account, called the Pension Benefit Adjustment Account (“PBAA”). On the implementation date of the New Plan, an amount equal

[TRADUCTION] . . . MTS devait payer sa part des prestations « à l’avance », comme les employés. Des sommes supplémentaires étaient aussi exigibles, selon la situation financière de la caisse. Des prestations étaient garanties aux employés contre une somme fixe. Tout coût excédentaire incombait entièrement à MTS. [par. 304]

Le texte du nouveau régime était libellé en conséquence.

[36] Tous les éléments d’actif et de passif de l’ancien régime attribuables aux participants du régime de MTS, y compris le surplus initial, ont été transférés au nouveau régime. Tous les fonds de la réserve de la caisse de la société d’État MTS y ont également été transférés; ils correspondaient à un peu plus de 50 p. 100 du passif au moment de la privatisation. Le nouveau régime était par conséquent entièrement capitalisé le jour de sa mise en œuvre et affichait un surplus sensiblement équivalent au surplus initial provenant de l’ancien régime.

[37] Puisque MTS devait dès lors assumer seule le passif du nouveau régime, le texte de ce dernier prévoyait qu’elle décidait seule de l’affectation du surplus actuariel *accumulé* grâce aux cotisations et aux revenus de la caisse. Ainsi, suivant la *LNPP* et le texte du nouveau régime, MTS pouvait affecter le surplus actuariel *accumulé* dans le cadre du nouveau régime à la réduction de son apport périodique en s’accordant des « périodes d’exonération de cotisations ».

[38] Les participants ont contesté le pouvoir de MTS de décider de l’affectation du surplus actuariel accumulé en première instance, mais non en appel. Or, la reconnaissance de ce pouvoir de MTS sur le surplus actuariel accumulé dans le cadre du nouveau régime n’emporte pas la reconnaissance de son pouvoir sur le surplus initial et du caractère approprié de l’utilisation qui en a été faite, d’où le présent pourvoi.

[39] Dans le cadre du nouveau régime, l’ajustement au coût de la vie s’effectue au moyen d’un compte fictif, à savoir le compte de redressement des prestations de retraite (« CRPR »). Le jour de

to the Initial Surplus was credited to the PBAA, along with an amount from the SAA attributable to MTS plan members and a matching amount from MTS.

[40] Similar to the Old Plan, the New Plan Text provided that a percentage of ongoing contributions made by employees would be credited to the PBAA. In the New Plan, employee contributions to the PBAA are matched by MTS at the time they are made. Further, each month the PBAA was credited with certain interest. The interest credited to the account was not based on the plan fund's actual rate of return. Instead, MTS applied an interest rate based on "the average of the yields of five (5) year personal fixed term chartered bank deposit rates", referred to as the CANSIM rate and commonly used for pension plans (A.R., vol. VIII, at p. 39). Between 1997 and 2006, the CANSIM rate was more stable but on average lower than the actual rate of return of the plan fund. When COLA payments were paid to plan members from the New Plan's fund, the PBAA was debited accordingly for the amounts paid.

[41] The New Plan Text, again reflecting the terms of the MOA, provided that MTS would provide monthly COLA of at least 2/3 of CPI, up to a maximum CPI of 4 percent. Further, the New Plan Text, like the Old Plan but not as required by the MOA, provided that the plan actuary's discretion to authorize enhanced COLA beyond the guaranteed minimum was constrained by the 20-year rule. In other words, the plan actuary could authorize COLA at a rate that exceeded the 2/3 CPI minimum only if there were sufficient funds credited to the PBAA to support monthly COLA at that rate for the next 20 years.

[42] However, the trial judge concluded as a finding of fact that despite the placement of the Initial Surplus in the COLA account, "the 20 year [rule] was incapable of ever being reached by virtue of the manner in which the COLA account was set up" (para. 320). I infer that this conclusion was based

la mise en œuvre du nouveau régime, le montant du surplus initial, celui du CRR attribuable aux participants du régime de MTS et celui des cotisations correspondantes versées par MTS ont été portés au crédit du CRPR.

[40] Comme le texte de l'ancien régime, celui du nouveau régime prévoit qu'un pourcentage des cotisations périodiques des employés est porté au crédit du CRPR. Dans le cadre du nouveau régime, MTS verse simultanément au CRPR l'équivalent de ce pourcentage. En outre, le CRPR est crédité chaque mois d'un intérêt dont le taux est fondé non pas sur celui du rendement actuel de la caisse de retraite, mais plutôt sur celui [TRADUCTION] « du rendement moyen des dépôts à cinq (5) ans des particuliers auprès des banques à charte » (base de données CANSIM utilisée couramment pour les régimes de retraite) (d.a., vol. VIII, p. 39). Entre 1997 et 2006, ce rendement a été plutôt stable, mais en moyenne inférieur au rendement réel de la caisse de retraite. Les sommes versées aux participants pour l'ajustement au coût de la vie à partir de la caisse du nouveau régime sont débitées en conséquence du CRPR.

[41] Selon le texte du nouveau régime, et toujours conformément au PE, MTS verse chaque mois des prestations ajustées au coût de la vie à raison d'au moins les deux tiers de l'IPC, jusqu'à concurrence d'un IPC de 4 p. 100. De plus, comme l'ancien régime, mais sans que le PE n'en fasse mention, le nouveau régime prévoit que le pouvoir discrétionnaire de l'actuaire d'autoriser l'ajustement au coût de la vie au-delà du minimum garanti est assujéti à la règle des 20 ans. Autrement dit, l'actuaire ne peut autoriser cet ajustement à raison d'un taux supérieur au minimum des deux tiers de l'IPC que si le CRPR est suffisamment provisionné pour garantir le versement mensuel de prestations ajustées à ce taux pendant les 20 années suivantes.

[42] Le juge de première instance tire cependant la conclusion de fait que, malgré le transfert du surplus initial au compte d'ajustement au coût de la vie, [TRADUCTION] « l'observation [de la règle] des 20 ans est impossible à cause de la manière dont le compte a été constitué » (par. 320). J'infère que

on a combination of factors. One was that each month the percentage of total contributions to the pension trust fund credited to the PBAA, as provided for by the New Plan Text, was inadequate to fund the monthly guaranteed COLA debited to the PBAA. This factor was noted as early as May of 1996 in a report prepared for MTS regarding transitional issues. The report stated that “[s]tipulated contributions to the adjustment account . . . are probably not adequate to provide cost-of-living benefits at the level granted in recent years” (A.R., vol. VI, at p. 120). A second factor was the use of the relatively stable but low CANSIM rate, also provided for by the New Plan Text, to calculate the interest credited to the PBAA.

[43] These two factors contributed to the debits to the PBAA, over time exceeding credits to that account. (The plan members also argued that the assets credited to the PBAA at the implementation date were insufficient to pay for the guaranteed COLA accrued as of that date.) As a result, each year the account moved further and further away from meeting the 20-year rule imposed by the New Plan Text. For example, by January 1, 2005, the PBAA was at a surplus of \$15 million but would require an additional \$192 million to fulfill the 20-year rule, while by January 1, 2008, the PBAA was at a deficit of almost \$17 million and would require an additional \$240 million to fulfill the 20-year rule. The Court of Appeal did not find fault with the trial judge’s finding of fact that the 20-year rule was impossible to meet under the provisions of the New Plan Text. Rather, it dismissed the issue on the basis that the plan members accepted the New Plan Text and that the PBAA was operated in accordance with the MOA and the New Plan Text. Although MTS argued before this Court that the finding of the trial judge constituted a palpable and overriding error, it only made general statements about the fact that one could not know how the pension trust fund would perform over long periods of time.

[44] Although the Initial Surplus would virtually never be used to provide enhanced COLA, MTS

sa conclusion s’appuie sur la prise en compte de plusieurs éléments. L’un d’eux tient au fait que le pourcentage des cotisations totales à la caisse fiduciaire porté au crédit du CRPR chaque mois, suivant le nouveau régime, ne permet pas de financer l’ajustement au coût de la vie garanti chaque mois et débité du CRPR. Cette insuffisance a été relevée dès mai 1996 dans un rapport sur la transition commandé par MTS : [TRADUCTION] « Les cotisations dont le versement au compte de redressement est prévu [. . .] ne suffisent probablement pas pour assurer le même ajustement au coût de la vie que ces dernières années » (d.a., vol. VI, p. 120). Un deuxième élément correspond à l’application du taux CANSIM relativement stable, mais faible, prévue également par le texte du nouveau régime, pour calculer l’intérêt porté au crédit du CRPR.

[43] Ces deux éléments expliquent en partie l’excès du débit du CRPR sur son crédit au fil du temps. (Les participants font également valoir que l’actif porté au crédit du CRPR le jour de la mise en œuvre du régime ne couvrait pas l’ajustement garanti au coût de la vie alors exigible). En conséquence, chaque année, le compte a de moins en moins observé la règle des 20 ans fixée par le texte du nouveau régime. Par exemple, le 1<sup>er</sup> janvier 2005, le CRPR affichait un surplus de 15 millions de dollars, mais il lui manquait 192 millions de dollars pour satisfaire à la règle des 20 ans; le 1<sup>er</sup> janvier 2008, son déficit atteignait presque 17 millions de dollars, et 240 millions de dollars supplémentaires étaient requis pour satisfaire à la même règle. La Cour d’appel ne relève pas d’erreur dans la conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle le texte du nouveau régime rendait impossible l’observation de la règle des 20 ans. Elle dit rejeter la thèse des participants parce qu’ils ont accepté ce texte et que le CRPR est administré conformément au PE et à ce texte. MTS fait valoir devant notre Cour que la conclusion du juge de première instance est entachée d’une erreur manifeste et dominante, mais elle s’en tient à des considérations générales sur l’impossibilité de prévoir à long terme le rendement de la caisse fiduciaire d’un régime de retraite.

[44] Même si, dans les faits, le surplus initial n’avait jamais pu servir à accroître le pourcentage

was able to apply the assets associated with the Initial Surplus against the plan's liabilities when determining whether the New Plan's pension fund was fully funded. As a result, the Initial Surplus of \$43.364 million allowed MTS to take contribution holidays, and thus contribute less than it otherwise would have had to contribute to the New Plan, even as the 20-year rule prevented the provision of any enhanced COLA.

D. *Actuarial Assessment of the Equivalence of the Old and New Plans*

[45] As mentioned above, after the MOA was signed, the legislature amended the *Reorg. Act* to provide that “[a]s soon as possible after this Act receives royal assent, the Provincial Auditor shall appoint an independent actuary to review the plan proposed by the corporation . . . to determine whether the benefits under the proposed plan are equivalent in value as required by that clause” (s. 15(3)). The Provincial Auditor appointed Clifford Fox, who had conducted other work for the Auditor's office in the past, as the independent actuary.

[46] In a March 5, 1997 letter, Mr. Fox expressed his final conclusion that the benefits provided under the New Plan were “at least equivalent in value to the benefits provided under the CSSA” (A.R., vol. X, at p. 69). A detailed discussion of how Mr. Fox reached that conclusion is unnecessary because, as discussed below, the trial judge found that the Provincial Auditor impermissibly interfered with Mr. Fox's independence such that the opinion expressed in his final letter cannot be relied on.

[47] The plan members disagreed with Mr. Fox's conclusion and ultimately commenced these proceedings, seeking various forms of relief. Relevant to this appeal, they sought payment of the Initial Surplus plus interest to be used to provide enhanced benefits, provided those enhanced benefits will not increase MTS's costs.

d'ajustement au coût de la vie, MTS a pu affecter l'actif lié au surplus initial à la réduction du passif du régime pour établir que le nouveau régime de retraite était entièrement capitalisé. Le surplus initial de 43,364 millions de dollars lui a permis de bénéficier de périodes d'exonération de cotisations et de faire au nouveau régime un apport moindre que celui qui était par ailleurs exigible, et ce, même si la règle des 20 ans empêchait la majoration du pourcentage d'ajustement au coût de la vie.

D. *Détermination actuarielle de l'équivalence entre l'ancien régime et le nouveau*

[45] Rappelons que, après la signature du PE, le législateur a modifié la *Loi sur la réorganisation* afin d'y prévoir au par. 15(3) que « [l]e vérificateur provincial nommé, le plus tôt possible après la sanction de la présente loi, un actuaire indépendant chargé d'examiner le régime proposé par la Société [. . .] afin d'établir si les prestations visées par le régime proposé sont équivalentes [dans la version anglaise, *equivalent in value*], comme l'exige l'alinéa en question ». Le vérificateur provincial a nommé Clifford Fox, à qui il avait déjà confié des mandats dans le passé.

[46] Dans sa lettre du 5 mars 1997, M. Fox conclut en définitive que, dans le cadre du nouveau régime, les prestations sont [TRADUCTION] « au moins de valeur équivalente à celle des prestations visées par la LPPF » (d.a., vol. X, p. 69). Point n'est besoin d'expliquer la conclusion de M. Fox car, selon le juge de première instance, le vérificateur provincial a compromis de manière inadmissible l'indépendance de M. Fox, de sorte que l'opinion exprimée dans la dernière lettre de l'actuaire ne saurait être retenue. J'y reviendrai.

[47] Les participants ont contesté la conclusion de M. Fox pour finalement engager l'instance à l'origine du présent pourvoi. Ils ont sollicité différentes réparations, dont celle qui intéresse particulièrement le pourvoi, à savoir que le surplus initial, majoré de l'intérêt couru, serve à bonifier les prestations de retraite, à condition que le coût supporté par MTS n'en soit pas accru.

### III. Procedural History

#### A. *Court of Queen's Bench of Manitoba, 2010 MBQB 11, 248 Man. R. (2d) 31*

[48] Bryk J. held that the plan members were entitled to relief. As an initial matter, he determined that Mr. Fox, the independent actuary appointed by the Provincial Auditor, failed to satisfy the duty of procedural fairness owed to the plan members because the Provincial Auditor's office and MTS impermissibly interfered with his judgment as to the equivalency of the two plans. He concluded, given the passage of time and the best interests of the parties, that the appropriate remedy was to substitute his decision for the Fox opinion.

[49] Neither Bryk J.'s conclusion that Mr. Fox violated his duty of procedural fairness nor his conclusion that it was appropriate to substitute his decision has been challenged in this appeal.

[50] Bryk J. held that MTS's treatment of the Initial Surplus violated s. 15(2)(a) of the *Reorg. Act*, which required that the benefits provided under the New Plan be "equivalent in value" to the Old Plan. In his view, "equivalent in value" "was intended to include issues of surplus, both initial and ongoing, as well as issues of governance" (para. 515). He held that the benefits provided under the plans were not equivalent in this sense because the Initial Surplus, which had been accessible to the plan members under the Old Plan to fund enhancements, was not accessible to them under the New Plan.

[51] Bryk J. also held that the inaccessibility of the Initial Surplus for enhancements violated para. 3 of the MOA, which, in his view, reflected an understanding that the plan members "would have access to the initial surplus to be utilized in the same fashion as surpluses had been utilized under the Old Plan" (para. 502).

### III. Historique des procédures

#### A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba, 2010 MBQB 11, 248 Man. R. (2d) 31*

[48] Le juge Bryk conclut que les participants ont droit à réparation. Il estime d'abord que l'actuaire indépendant nommé par le vérificateur provincial, M. Fox, n'a pas satisfait à l'obligation d'équité procédurale envers les participants en ce que le bureau du vérificateur provincial et MTS ont influencé de manière inadmissible la formation de son opinion quant à l'équivalence des deux régimes. Il estime que, vu le temps écoulé et l'intérêt supérieur des parties, la réparation qui convient consiste à substituer sa décision à l'opinion de M. Fox.

[49] Ni l'une ni l'autre des conclusions du juge Bryk, selon lesquelles M. Fox a manqué à son obligation d'équité procédurale et il convient de substituer sa décision à l'opinion de M. Fox, ne sont contestées dans le cadre du pourvoi.

[50] Le juge Bryk conclut que l'affectation du surplus initial par MTS contrevient à l'al. 15(2)a) de la *Loi sur la réorganisation*, qui exige que les prestations versées en application du nouveau régime soient de valeur équivalente à celle des prestations de l'ancien régime. À son avis, la « valeur équivalente » des prestations [TRADUCTION] « est censée tenir compte du surplus, tant initial qu'accumulé, ainsi que de la gouvernance » (par. 515). Il statue que les prestations prévues par les deux régimes ne sont pas équivalentes dans la mesure où le surplus initial grâce auquel les participants pouvaient auparavant bonifier leurs prestations n'est plus à leur disposition dans le cadre du nouveau régime.

[51] Le juge Bryk conclut en outre que l'impossibilité d'affecter le surplus initial à la bonification des prestations contrevient au par. 3 du PE, où il est convenu, selon lui, que les participants [TRADUCTION] « auront accès au surplus initial, qui sera utilisé de la même manière que dans le cadre de l'ancien régime » (par. 502).



[52] On these bases, Bryk J. ordered that the plan members were entitled to receive an amount equal to the Initial Surplus plus interest at the New Plan's rate of return, which was "to be used to enhance pension benefits on the understanding that the enhanced benefits will not result in an increase of MTS's costs" (para. 533). He ordered the plan members and MTS to negotiate and arrive at a mutually agreeable implementation process for the utilization of the funds.

B. *Manitoba Court of Appeal, 2012 MBCA 13, 275 Man. R. (2d) 185*

[53] The Court of Appeal disagreed that s. 15(2)(a) of the *Reorg. Act's* requirement that the New Plan's benefits be "equivalent in value to the pension benefits" of the Old Plan included the issues of surplus or governance. Applying the definition of "pension benefit" found in the *CSSA*, the Court of Appeal concluded that s. 15(2)(a) only required equivalency of the basic superannuation allowance received by plan members. The Court of Appeal noted that s. 15(2)(a) was not amended when ss. 15(3), 15(4) and 15(11) were added to the section, even though it could have been changed to require equivalency of pension *plans* instead of pension *benefits*.

[54] The Court of Appeal also concluded that para. 3 of the MOA was not violated. As a matter of contractual interpretation, the negotiations and subjective intention of the plan members are irrelevant to interpreting the MOA. The mandatory obligations imposed by para. 3, namely to transfer the Initial Surplus to the PBAA and to use it to fund future COLA, were fulfilled while the conditional obligations, namely to use the Initial Surplus to fund *enhanced* COLA, need not have been fulfilled because the conditions were not met. At common law, the plan members have no right to any surplus generated under an ongoing defined benefit pension plan. The fact that plan members bore the risk of any deficit in the *CSSF* has no impact on the right to any surplus. The contribution holidays taken by MTS are permissible under pension law.

[52] Partant, le juge Bryk déclare que les participants ont droit à une somme égale au montant du surplus initial majoré de l'intérêt calculé selon le taux de rendement du nouveau régime, et que cette somme doit [TRADUCTION] « servir à bonifier les prestations de retraite, à condition qu'il n'en résulte pas d'accroissement du coût supporté par MTS » (par. 533). Il ordonne aux participants et à MTS de convenir par voie de négociation de modalités d'affectation de la somme qui soient acceptables à toutes les parties.

B. *Cour d'appel du Manitoba, 2012 MBCA 13, 275 Man. R. (2d) 185*

[53] Pour la Cour d'appel, l'équivalence exigée à l'al. 15(2)a de la *Loi sur la réorganisation* à l'égard des prestations de l'ancien et du nouveau régimes ne vise ni le surplus, ni la gouvernance. Faisant fond sur la définition de « pension de retraite » figurant dans la *LPFP*, elle estime que la disposition exige seulement l'équivalence des allocations de retraite de base touchées par les participants. Elle fait observer que l'al. 15(2)a n'a pas été modifié lors de l'adjonction des par. 15(3), 15(4) et 15(11), alors qu'il aurait pu l'être de manière à exiger l'équivalence des *régimes* de retraite plutôt que celle des *prestations* de retraite.

[54] La Cour d'appel conclut également à l'absence d'inobservation du par. 3 du PE. Sur le plan contractuel, les négociations et l'intention subjective des participants ne valent pas pour l'interprétation du PE. Les obligations impératives découlant du par. 3 (en l'occurrence le transfert du surplus initial au CRPR et son utilisation pour l'ajustement ultérieur au coût de la vie) ont été respectées, alors que les obligations conditionnelles (à savoir son utilisation pour *accroître* le pourcentage d'ajustement au coût de la vie) n'avaient pas à l'être puisque les conditions fixées n'avaient pas été remplies. En common law, les participants n'ont aucun droit sur le surplus généré par un régime de retraite à prestations déterminées existant. Le fait que les participants ont assumé le risque que la CRFP soit déficitaire n'a aucune incidence sur le droit à un surplus. Le droit régissant les régimes de retraite permettait à MTS de s'accorder des périodes d'exonération de cotisations.

[55] The Court of Appeal therefore allowed MTS’s appeal and dismissed the plan members’ cross-appeal. In its view, the New Plan had complied with both s. 15(2)(a) of the *Reorg. Act* and para. 3 of the MOA.

#### IV. Issues

[56] The only issue raised in this appeal relates to the Initial Surplus. The plan members argue that MTS — by not ensuring that the Initial Surplus remained available for the exclusive use of plan members, structuring the New Plan’s COLA account such that it was impossible for the Initial Surplus to be used for COLA enhancements, and using the Initial Surplus to take contribution holidays — violated:

- (1) s. 15(2)(a) of the *Reorg. Act*, which required MTS to establish a new plan that “provide[d] for benefits which on the implementation date are equivalent in value to the pension benefits” the plan members were entitled to under the Old Plan;
- (2) para. 3 of the MOA, which provided specific terms for how the New Plan’s COLA account was to operate and for the treatment of the Initial Surplus; and
- (3) the written representations or undertakings of MTS during the privatization process, which stated that the Initial Surplus would not be used to reduce MTS’s cost of or contributions to the New Plan.

#### V. Analysis

A. *Whether MTS Violated Its Duty to Establish a Plan That Provided Benefits “Equivalent in Value” to Those Provided Under the Old Plan*

[57] Section 15(2)(a) of the *Reorg. Act* provided that MTS was required to establish

[55] La Cour d’appel accueille donc l’appel de MTS et rejette celui, incident, des participants. À son avis, le nouveau régime respecte l’al. 15(2)a) de la *Loi sur la réorganisation* et le par. 3 du PE.

#### IV. Questions en litige

[56] Le seul point en litige dans le pourvoi a trait au surplus initial. Les participants soutiennent que, en ne veillant pas à ce que le surplus initial soit affecté au seul bénéfice des participants, en constituant un nouveau compte de manière à rendre impossible l’utilisation du surplus initial pour accroître le pourcentage d’ajustement au coût de la vie et en utilisant le surplus initial pour s’accorder des périodes d’exonération de cotisations, MTS a contrevenu à ce qui suit :

- (1) l’al. 15(2)a) de la *Loi sur la réorganisation*, selon lequel MTS doit créer un nouveau régime conçu de façon à permettre « le versement de prestations qui sont, à la date de mise en œuvre, au moins équivalentes à celles » que les participants pouvaient toucher dans le cadre de l’ancien régime;
- (2) le par. 3 du PE, qui précise les modalités d’utilisation du compte d’ajustement au coût de la vie et celles de l’affectation du surplus initial dans le cadre du nouveau régime;
- (3) les engagements écrits de MTS pendant le processus de privatisation à l’effet de ne pas utiliser le surplus initial pour diminuer le coût qu’elle supporte relativement au nouveau régime ou ses cotisations à celui-ci.

#### V. Analyse

A. *MTS a-t-elle manqué à son obligation de créer un régime conçu de façon à permettre le versement de prestations de valeur équivalente à celle des prestations offertes par l’ancien régime?*

[57] Suivant l’al. 15(2)a) de la *Loi sur la réorganisation*, MTS était tenue de créer

the new plan which shall provide for benefits which on the implementation date are equivalent in value to the pension benefits to which employees have or may have become entitled under *The Civil Service Superannuation Act* [the Old Plan] . . .

The plan members argue that the benefits available to them under the New Plan are not “equivalent in value” to the benefits to which they were entitled under the Old Plan. Under the Old Plan, benefits were funded equally by plan members and the government. Under the New Plan, \$43.364 million of the plan members’ contribution — the Initial Surplus — was not matched by MTS on the implementation date. Plan members still received the same pension benefits as under the Old Plan, meaning they in effect paid \$43.364 million more than MTS into the New Plan to receive the same benefits as they had under the Old Plan.

(1) The Meaning of “Equivalent in Value”

[58] The dispute between the parties with respect to s. 15(2)(a) centres on what it means for the benefits of each plan to be equivalent in value.

[59] MTS argues that whether the benefits provided under the New Plan are “equivalent in value” to the pension benefits provided under the Old Plan requires only a direct comparison of the basic superannuation allowance payable to retired plan members under each plan. If the superannuation allowance that retired plan members would earn under the New Plan is the same as the superannuation allowance that the plan members would have earned under the Old Plan, then s. 15(2)(a) is satisfied.

[60] The plan members argue that “equivalent in value” contemplates a more comprehensive comparison of the benefits provided under the two pension plans. In addition to a comparison of the basic superannuation allowance that is received by each

le nouveau régime conçu de façon à permettre le versement de prestations qui sont, à la date de mise en œuvre, au moins équivalentes à celles que les employés reçoivent ou pourraient recevoir en vertu de la *Loi sur la pension de la fonction publique* [l’ancien régime] . . .

Les participants font valoir que les prestations prévues par le nouveau régime ne sont pas de valeur équivalente à celle des prestations auxquelles ils avaient droit dans le cadre de l’ancien. En effet, le versement des prestations était alors financé à parts égales par les participants et le gouvernement. Le jour de la mise en œuvre du nouveau régime, MTS n’a pas fait d’apport égal à celui des participants, c’est-à-dire le surplus initial de 43,364 millions de dollars. Les participants continuaient de toucher les mêmes prestations de retraite, de sorte qu’ils ont en fait payé 43,364 millions de dollars de plus que MTS pour toucher les mêmes prestations que celles susceptibles d’être obtenues en application de l’ancien régime.

(1) Ce qu’il faut entendre par « valeur équivalente »

[58] Le désaccord des parties relatif à l’al. 15(2)a) porte essentiellement sur ce qu’il faut entendre par des prestations de valeur équivalente suivant l’un et l’autre régimes.

[59] MTS prétend que pour déterminer si les prestations offertes par le nouveau régime sont de valeur équivalente à celle des prestations qu’offrait l’ancien, il suffit de comparer directement les allocations de retraite de base payables aux participants retraités en application de l’un et l’autre régimes. Si l’allocation de retraite à laquelle a droit désormais le participant retraité est la même que celle qu’il aurait touchée auparavant, l’al. 15(2)a) est respecté.

[60] Les participants soutiennent que la notion de « valeur équivalente » suppose une comparaison plus globale des prestations prévues par les deux régimes de retraite. L’interprétation de l’al. 15(2)a) commande, outre la comparaison des allocations de

plan member under each of the two plans, they argue that s. 15(2)(a) requires the Court to consider how those benefits are funded. The contributions of employees to the New Plan exceeded the contributions of MTS, thanks to the Initial Surplus. As a result, the benefits received under each plan are not “equivalent in value” because, unlike benefits under the Old Plan, which were funded equally by plan members and the government, the funding of benefits under the New Plan was not equal.

[61] In my view, the plan members have advanced the better interpretation.

[62] The Court of Appeal’s interpretation of s. 15(2)(a) is based on the definition of “pension benefit” in the *CSSA*. The Court of Appeal observed that s. 15(2)(a) of the *Reorg. Act* required the New Plan to “provide for benefits which . . . are equivalent in value to the pension benefits to which employees have or may have become entitled under *The Civil Service Superannuation Act*”. The term “pension benefit” was defined in s. 1(1) of the *CSSA* to mean

the aggregate monthly or other periodic payments of superannuation allowance to which an employee is or may become entitled under this Act upon retirement . . .

[63] According to the Court of Appeal, this definition of “pension benefit” in the *CSSA* is fatal to the argument that the “pension benefits” referred to in s. 15(2)(a) include anything other than the superannuation allowance payable under the Old Plan. In particular, the Court of Appeal concluded that s. 15(2)(a) should be presumed to use the same meaning of “pension benefit” that is used in the *CSSA*. Therefore, s. 15(2)(a) mandates a simple comparison of the superannuation allowance payable under each plan.

[64] In my respectful view, this case does not turn on the definition of pension benefits. The issue here is with respect to the phrase “equivalent in value”. In my view, interpreting “equivalent in value” to include both the benefits provided by the plans and

retraite de base touchées par les participants, l’examen de leur mode de financement. Grâce au surplus initial, l’apport des employés au nouveau régime dépassait celui de MTS. Les prestations prévues par l’un et l’autre régimes ne sont donc pas de « valeur équivalente », car le versement des prestations du nouveau régime n’est plus financé à parts égales par les participants et l’employeur comme il l’était auparavant.

[61] À mon avis, l’interprétation avancée par les participants est la plus convaincante.

[62] La Cour d’appel retient une interprétation fondée sur la définition de « prestation de pension » qui figure dans la *LPFP*. Elle fait remarquer que l’al. 15(2)a de la *Loi sur la réorganisation* exige que le nouveau régime soit conçu de façon à permettre « le versement de prestations qui sont [. . .] [de valeur équivalente à celle des prestations] que les employés reçoivent ou pourraient recevoir en vertu de la *Loi sur la pension de la fonction publique* ». Le paragraphe 1(1) de la *LPFP* définit la « prestation de pension » comme suit :

Total des mensualités ou autres paiements périodiques d’allocations de retraite auxquels a droit ou peut avoir droit un employé en vertu de la présente loi lors de sa retraite . . .

[63] Selon la Cour d’appel, cette définition porte un coup fatal à la thèse voulant que les « prestations » visées à l’al. 15(2)a s’entendent d’autre chose que des allocations de retraite payables suivant l’ancien régime. En particulier, l’identité des prestations visées à l’al. 15(2)a et de la « prestation de pension » définie dans la *LPFP* doit être présumée. L’alinéa 15(2)a commande donc une simple comparaison des allocations de retraite payables en vertu de l’un et l’autre régimes.

[64] Or, j’estime en toute déférence que l’issue du pourvoi ne tient pas à la définition des prestations de retraite ou de la prestation de pension, mais bien au sens de « valeur équivalente ». À mon avis, l’interprétation la plus raisonnable de l’al. 15(2)a

the means by which those benefits are funded leads to the most reasonable construction of s. 15(2)(a).

[65] In order to fulfill the requirements of s. 15(2)(a), it is not enough for the monthly payments provided by each plan to be equal. Had s. 15(2)(a) been intended to have such a narrow meaning, there would be no need to refer to the equivalency of the *value* of the benefits. The inclusion of the word “value” in “equivalent in value” suggests that the phrase should be interpreted as capturing both the benefits paid to plan members *and* the funding mechanism used to produce those benefits. A simple way of viewing the equivalency in value requirement is to ask whether a reasonable person would prefer to receive benefits under the Old Plan or the New Plan. It is plain to see that a reasonable person would take into account how much they are expected to pay to receive those benefits. All other things being equal, a reasonable person choosing between a contributory pension plan in which employees must make some contributions, versus a non-contributory plan where the employer is the sole contributor would undoubtedly choose the latter plan.

[66] Neither the parties nor the courts below have suggested that the French version of s. 15(2)(a) is inconsistent with this interpretation. Indeed, the statutory context and the legislative history of s. 15 both support the view that s. 15(2)(a) was intended to require more than a simple comparison of the amount paid each month to plan members under each pension plan, namely by taking the funding of the amounts paid into account.

[67] With respect to statutory context, s. 15(3) of the *Reorg. Act*, which was added immediately following the November 7 meeting between members of the legislature, MTS and the plan members which culminated in the MOA, refers explicitly to s. 15(2)(a) and the concept of “equivalent in value”. It states:

**15(3)** As soon as possible after this Act receives royal assent, the Provincial Auditor shall appoint an independent actuary to review the plan proposed by

réside dans l’application de ce terme à la fois aux prestations prévues par les régimes et aux moyens grâce auxquels leur versement est financé.

[65] Pour satisfaire à l’exigence énoncée à l’al. 15(2)a), il ne suffit pas que les versements mensuels soient les mêmes selon l’un et l’autre régimes. Si l’al. 15(2)a) avait dû avoir un sens aussi étroit, il aurait été superflu de renvoyer, en anglais, à la *valeur* équivalente des prestations (« *equivalent in value* »). Le renvoi à la notion de « valeur » indique que sont visées à la fois les prestations versées aux participants *et* la manière dont est financé leur versement. En somme, se prononcer sur la « valeur équivalente » appelle la question de savoir si une personne raisonnable préférerait recevoir des prestations dans le cadre de l’ancien régime ou du nouveau. Il est évident qu’une personne raisonnable tiendrait compte des cotisations qu’il lui faudrait verser pour obtenir ces prestations. Toutes choses étant égales par ailleurs, la personne raisonnable qui aurait le choix entre un régime de retraite contributif financé en partie par les employés et un régime non contributif entièrement financé par l’employeur choisirait assurément le second.

[66] Ni les parties ni les juridictions inférieures n’ont laissé entendre que la version française de l’al. 15(2)a) allait à l’encontre de cette interprétation. En fait, le contexte et l’historique législatifs de l’art. 15 permettent tous deux de conclure que, à cet alinéa, le législateur entendait exiger la comparaison non seulement des sommes versées chaque mois aux participants en vertu de l’un et l’autre régimes, mais aussi du financement des versements.

[67] En ce qui concerne le contexte législatif, le par. 15(3) de la *Loi sur la réorganisation*, ajouté immédiatement après la rencontre du 7 novembre à laquelle ont participé des membres de l’assemblée législative, MTS et des participants et qui a débouché sur la signature du PE, renvoie expressément à l’al. 15(2)a) et à la notion de valeur équivalente. En voici le texte :

**15(3)** Le vérificateur provincial nommé, le plus tôt possible après la sanction de la présente loi, un actuaire indépendant chargé d’examiner le régime proposé par la

the corporation for the purposes of clause (2)(a) to determine whether the benefits under the proposed plan are equivalent in value as required by that clause.

[68] The November 7 meeting was convened to deal with, among other issues, the treatment of the Initial Surplus under the New Plan. As the trial judge found,

[r]elatively early in the privatization process, the employees/retirees satisfied themselves that the New Plan would produce the same pension benefits as had the Old Plan . . . . The issues which remained of concern . . . were initial and ongoing surplus and governance. Those were the issues discussed on November 7<sup>th</sup> . . . . [para. 510]

That the legislature, following this meeting, considered it necessary to appoint an independent actuary to review the New Plan to determine whether the benefits it provides were *equivalent in value* to the benefits provided under the Old Plan lends support to the conclusion that the review was intended to be more comprehensive than a simple numerical comparison of the pension benefits provided under each plan, which the plan members had already accepted were equivalent.

[69] The Court of Appeal found it significant that s. 15(2)(a) was not amended at the same time ss. 15(3), 15(4) and 15(11) were added in response to plan member concerns, concluding that this omission supported its interpretation of the provision. However s. 15(3) expressly refers to s. 15(2)(a) and is part of the context to be considered when interpreting s. 15(2)(a).

[70] As explained in para. 65 above, determining whether the benefits of the two plans are “equivalent in value” requires consideration of how much the employees had to contribute to obtain those benefits. This interpretation is further supported by the legislative history of the *Reorg. Act*. Professor Sullivan writes that legislative history is admissible “as evidence of specific legislative intent”, including “the intended meaning of a particular word”, but the “legislative history must be relevant to the interpretation issue facing the court and it must not be inherently unreliable” (R. Sullivan, *Sullivan on the*

Société pour l’application de l’alinéa 2a) afin d’établir si les prestations visées par le régime proposé sont [de valeur équivalente], comme l’exige l’alinéa en question.

[68] L’un des points à l’ordre du jour de la rencontre du 7 novembre était le sort réservé au surplus initial dans le cadre du nouveau régime. Comme le conclut le juge de première instance,

[TRADUCTION] [d]ès le début du processus de privatisation, les employés et les retraités se sont assurés que le nouveau régime offrirait les mêmes prestations de retraite que l’ancien [. . .] Le surplus initial et celui accumulé, ainsi que la gouvernance, demeuraient des sujets d’inquiétude [. . .] Ce sont ces points qui ont été abordés le 7 novembre . . . [par. 510]

Le fait que, à la suite de cette rencontre, le législateur a jugé nécessaire de nommer un actuaire indépendant pour examiner le nouveau régime et déterminer si les prestations offertes avaient ou non une *valeur équivalente* à celle des prestations versées en application de l’ancien régime étaye la conclusion qu’il devait y avoir davantage qu’une simple comparaison des sommes versées par l’un et l’autre régimes, les participants reconnaissant déjà leur équivalence.

[69] La Cour d’appel tient pour significative l’omission du législateur de modifier l’al. 15(2)a) lors de l’adjonction des par. 15(3), 15(4) et 15(11) pour donner suite aux craintes des participants, et elle conclut que cette omission appuie son interprétation de la disposition. Or, le par. 15(3) renvoie expressément à l’al. 15(2)a) et fait partie du contexte à considérer pour interpréter celui-ci.

[70] Comme je l’explique au par. 65, déterminer si les prestations offertes par les deux régimes ont une valeur équivalente exige la prise en compte de ce que les employés devaient verser à la caisse de retraite pour les obtenir. L’historique législatif de la *Loi sur la réorganisation* appuie par ailleurs mon interprétation. Selon la professeure Sullivan, l’historique législatif peut permettre [TRADUCTION] « d’établir l’intention précise du législateur », y compris « le sens qu’il a voulu donner à un terme particulier », mais « il doit être pertinent eu égard à la question d’interprétation considérée et ne saurait

*Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 609 and 612 (emphasis added)).

[71] Prior to the passage of the *Reorg. Act*, Deputy House Leader Darren Praznik responded to the ERPC's concerns about, among other issues, the use of the Initial Surplus and whether the language of s. 15(2)(a) was ambiguous with the following statement:

These are the issues that have been flagged with us, and it is not our intention in doing this that we in any way take away from the pension of the employees. If there is some uncertainty here that has to be dealt with, as there may appear to be, we have to address that and that work is currently underway in the discussions Mr. Meronek has outlined and internally to see how best we can accommodate some of these particular concerns. So I wanted to be on the record that we are very much aware of them and the minister is aware of them and we are trying to find out how we are going to be able to resolve them if we can. [Emphasis added.]

(Manitoba, Legislative Assembly, Standing Committee on Public Utilities and Natural Resources, 2nd Sess., 36th Leg., vol. XLVI, No. 7, October 31, 1996, at pp. 298-99)

[72] On November 7, 1996, during the Standing Committee's clause-by-clause consideration of draft Bill 67 and prior to the signing of the MOA and the amendments to Bill 67, the Honourable Glen Findlay, the Minister responsible for Crown MTS, gave the following response to an inquiry about the plan members' concerns:

If the member looks to the legislation, we get up on to 15(2), we talk about equivalent, equivalent in the broadest sense. I think the problem probably comes in as to how you determine that equivalent really happens, and so we have had discussions around an amendment that would give everybody some comfort that equivalent will be fair and reasonable for all concerned, whether it was MTS or the retirees or the future retirees. [Emphasis added; *ibid.*, No. 15, at p. 809.]

This language suggests that Minister Findlay understood "equivalent in value" to mean something

être intrinsèquement non fiable » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 609 et 612 (je souligne)).

[71] Avant l'adoption de la *Loi sur la réorganisation*, le leader parlementaire adjoint Darren Praznik a dit ce qui suit en réponse aux préoccupations exprimées par le Comité concernant entre autres le sort du surplus initial et le caractère ambigu ou non du libellé de l'al. 15(2)a :

[TRADUCTION] Il s'agit des questions qui nous ont été signalées, et notre intention n'est aucunement de déposer les employés de leurs pensions. S'il subsiste des doutes — ce qui semble être le cas —, nous devons nous y attaquer et c'est ce que nous faisons en ce moment dans le cadre des discussions que M. Meronek a mentionnées, ainsi qu'à l'interne, pour arrêter la meilleure façon de donner suite à certaines de ces préoccupations particulières. Alors, je tiens à indiquer que nous sommes tout à fait conscients des enjeux, que le ministre l'est également, et que nous tentons de déterminer la manière dont nous pourrions résoudre les problèmes dans la mesure du possible. [Je souligne.]

(Manitoba, Assemblée législative, Standing Committee on Public Utilities and Natural Resources, 2<sup>e</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., vol. XLVI, n<sup>o</sup> 7, 31 octobre 1996, p. 298-299)

[72] Le 7 novembre 1996, lors de l'étude article par article de l'avant-projet de loi 67 par le comité permanent, avant la signature du PE et avant l'amendement du projet de loi 67, le ministre responsable de la société d'État MTS, l'honorable Glen Findlay, a répondu comme suit à une question sur les préoccupations des participants :

[TRADUCTION] Si l'on examine la loi, au par. 15(2), il est question d'équivalence au sens le plus large. À mon avis, le problème réside probablement dans la manière de déterminer s'il y a réelle équivalence. Nous avons donc débattu d'une modification qui aurait pour effet de rassurer quelque peu les intéressés — MTS et les retraités actuels ou futurs — que l'équivalence visée sera juste et raisonnable pour chacun. [Je souligne; *ibid.*, n<sup>o</sup> 15, p. 809.]

Il appert de ces propos que, pour le ministre Findlay, on ne pouvait conclure à la valeur équivalente à

more than a simple numerical comparison of the superannuation allowances provided under each plan.

[73] These statements from Deputy House Leader Praznik and Minister Findlay are relevant to the interpretation of the phrase “equivalent in value” as they provide evidence of their understanding respecting the concern s. 15(2)(a) was meant to address. Minister Findlay’s statement is particularly relevant given that it was made the same day as the meeting at which the Initial Surplus was at issue and immediately before the *Reorg. Act* was amended. There is nothing to suggest that either statement is inherently unreliable.

[74] Although not conclusive, the statements provide persuasive affirmation of the broader interpretation of s. 15(2)(a) as suggested by its wording and legislative context. For these reasons, the phrase “equivalent in value” used in s. 15(2)(a) requires a comprehensive assessment of both the benefits and the funding used to provide those benefits under each plan to determine whether the New Plan fulfills the requirements of s. 15(2)(a).

(2) Whether the Benefits Provided Under Each Plan Are “Equivalent in Value”

[75] As this Court has recognized, the rights and obligations of parties under pension plans are always subject to the relevant legislation (*Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at para. 86). Here, as previously explained, the *Reorg. Act* requires that the benefits provided by the Old and New Plans, including their funding, be compared.

[76] For the purposes of determining how the New Plan was funded as of the implementation date, it is important to emphasize that s. 15(2)(a) of the *Reorg. Act* created a break between the Old and New Plans. Although this break does not amount to the Old Plan having been wound up and the actuarial surplus having crystallized in that context, it does mean that the Initial Surplus was not, on the

l’issue d’une simple comparaison du montant des allocations de retraite versées par l’un et l’autre régimes.

[73] Les déclarations du leader parlementaire adjoint Praznik et du ministre Findlay sont pertinentes aux fins de circonscrire la notion de « valeur équivalente » en ce qu’elles attestent leur connaissance de la raison d’être de l’al. 15(2)a). Celle du ministre Findlay est particulièrement pertinente car elle a été faite le jour de la rencontre où il a été question du surplus initial et immédiatement avant la modification de la *Loi sur la réorganisation*. Rien ne porte à croire que l’une ou l’autre des déclarations est intrinsèquement non fiable.

[74] Sans être concluantes, ces déclarations militent en faveur de l’interprétation large de l’al. 15(2)a) que suggèrent son libellé et son contexte législatif. C’est pourquoi on ne peut se prononcer sur l’équivalence à laquelle renvoie l’al. 15(2)a) qu’à l’issue d’une évaluation globale des prestations et du financement du versement de celles-ci pour l’un et l’autre régimes afin de déterminer si le nouveau régime respecte l’al. 15(2)a).

(2) Les prestations offertes par l’ancien et le nouveau régimes ont-elles une « valeur équivalente »?

[75] Comme le reconnaît notre Cour dans *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 86, les droits et les obligations des parties dans un régime de retraite dépendent toujours de la loi applicable. Rappelons que, en l’espèce, la *Loi sur la réorganisation* exige la comparaison des prestations offertes par l’ancien et le nouveau régimes, y compris le financement de leur versement.

[76] Pour ce qui est de la détermination des modalités de capitalisation du nouveau régime le jour de la mise en œuvre, il importe de souligner que l’al. 15(2)a) de la *Loi sur la réorganisation* marque la coupure entre l’ancien régime et le nouveau. Bien qu’elle n’emporte ni la liquidation de l’ancien régime, ni la cristallisation consécutive du surplus actuariel, cette coupure fait en sorte que



implementation date, to be treated as “simply part of a larger actuarial surplus in the New Plan”, as the Court of Appeal concluded (para. 155). The MOA and New Plan Text indicate that the Initial Surplus was to be treated as a fixed, isolated, and quantified sum to be used for specific purposes. While its quantum was an actuarial estimate, that estimate became fixed when the quantum was transferred from the CSSF to the PBAA.

[77] The Initial Surplus is attributable to employees for the purpose of determining how the New Plan was funded as of the implementation date because it arose as a result of plan members’ contributions to the CSSF and because plan members bore the risk of deficit under the Old Plan. The parties to the Old Plan understood that plan members could use actuarial surpluses for their benefit since it was only plan members who contributed to the CSSF. And, the practice under the Old Plan reveals that plan members usually negotiated to use surpluses to finance enhancements to their benefits.

[78] In a typical defined benefit pension plan, an employer is often at liberty to use an actuarial surplus to fund its future contribution obligations because the employer bears the risk of an actuarial deficit in the pension fund (see A. Kaplan and M. Frazer, *Pension Law* (2nd ed. 2013), at p. 93). In this case, however, the government paid its share of the benefits on a pay-as-you-go basis. It was the *plan members* whose contributions solely funded the pension fund and who bore the risk in the event of a deficit in the fund. For these reasons, the Initial Surplus — which was generated under the Old Plan — is attributable and to be credited exclusively to the employees for the purpose of determining how the New Plan was funded.

[79] It is now necessary to consider whether the benefits under the Old Plan and the New Plan were equivalent in value at the implementation date. The Old Plan was designed so that the benefits were equally funded by Crown MTS and plan members (CSSA, s. 22(1)). On the implementation date, the

le surplus initial n’est pas considéré, le jour de la mise en œuvre, comme [TRADUCTION] « faisant simplement partie du surplus actuariel global du nouveau régime », contrairement à ce que conclut la Cour d’appel (par. 155). Selon le PE et le texte du nouveau régime, le surplus initial doit être considéré comme une somme fixe, distincte et précise réservée à des fins particulières. Même s’il ne faisait l’objet que d’une estimation actuarielle, son montant est devenu fixe lors du transfert de la CRFP au CRPR.

[77] Aux fins de déterminer les modalités de capitalisation du nouveau régime le jour de sa mise en œuvre, le surplus initial est attribuable aux employés car il résulte de leurs cotisations à la CRFP et, dans le cadre de l’ancien régime, les participants assumaient le risque que la caisse soit déficitaire. Pour les parties à l’ancien régime, il était entendu que les participants pouvaient utiliser le surplus actuariel à leur avantage puisqu’ils étaient les seuls à cotiser à la CRFP. Par ailleurs, l’usage voulait que les participants négocient habituellement l’affectation du surplus à la bonification de leurs prestations.

[78] Souvent, dans le cas d’un régime de retraite à prestations déterminées type, l’employeur peut affecter le surplus actuariel au paiement de ses cotisations ultérieures parce qu’il assume le risque de déficit actuariel de la caisse de retraite (voir A. Kaplan et M. Frazer, *Pension Law* (2<sup>e</sup> éd. 2013), p. 93). Or, en l’espèce, le gouvernement payait sa part des prestations au moment de leur exigibilité. Seuls les *participants* cotisaient à la caisse de retraite et assumaient le risque de déficit. C’est pourquoi, lorsqu’il s’agit de déterminer les modalités de capitalisation du nouveau régime, le surplus initial — issu de l’ancien régime — est attribuable aux employés et porté à leur seul crédit.

[79] La question est dès lors de savoir si les prestations versées au titre de l’ancien et du nouveau régimes étaient de valeur équivalente le jour de la mise en œuvre. L’ancien régime était conçu de façon que le versement des prestations soit financé à parts égales par la société d’État MTS et les participants

trial judge found that “the employees’ initial contribution into the New Plan was approximately \$43.343M more than the employer’s contribution” (para. 266) (that amount was later changed by the Court of Appeal to \$43.364 million due to a clerical error by the trial judge (para. 242)). The Court of Appeal did not disagree that the Initial Surplus was contributed by plan members.

[80] Since \$43.364 million of the plan members’ contribution was not matched by MTS on the implementation date, there was a *prima facie* violation of s. 15(2)(a) because the funding of the benefits under the two plans was not equal, and thus the benefits were not equivalent in value. The New Plan can only be held to comply with the requirements of s. 15(2)(a) if the Initial Surplus is reserved for the exclusive benefit of plan members, or if plan members receive some other compensatory benefits of equivalent value. The MOA reserved the Initial Surplus to fund future COLA for plan members. However, the provisions of the New Plan Text regarding the monthly contribution credits and the interest earnings of the PBAA ensured that payment of enhanced COLA benefits would never occur. Instead, MTS was able to use the Initial Surplus to take contribution holidays and thus reduce its contributions to the New Plan. The end result was that only MTS benefitted from the plan members’ unequal funding of the New Plan.

[81] MTS argued that its assumption of the risk of deficit in the pension fund and its guarantee of COLA at 2/3 of CPI were additional benefits that offset the Initial Surplus. MTS pointed out in its factum and at the oral hearing that as a result of its assumption of the risk of deficit, in the years following the New Plan’s implementation date, it has contributed significantly more than plan members to the New Plan. However, s. 15(2)(a) specifies that the benefits must be equivalent in value “on the implementation date”. The contributions by MTS to the New Plan after January 1, 1997 are irrelevant to

(*LPFP*, par. 22(1)). Selon le juge de première instance, le jour de la mise en œuvre, [TRADUCTION] « l’apport initial des employés au nouveau régime dépassait d’environ 43,343 millions de dollars celui de l’employeur » (par. 266) (la Cour d’appel porte ensuite ce montant à 43,364 millions de dollars et corrige ainsi l’erreur d’écriture du juge de première instance (par. 242)). La Cour d’appel ne disconvient pas que le surplus initial résulte de l’apport des participants.

[80] Étant donné que, le jour de la mise en œuvre, MTS n’a pas fait d’apport égal à celui de 43,364 millions de dollars des participants, il y a, *prima facie*, non-respect de l’al. 15(2)a), car le financement des prestations aux fins des deux régimes n’était pas égal, de sorte que les prestations n’étaient pas de valeur équivalente. Le nouveau régime ne saurait respecter les exigences de l’al. 15(2)a) que si le surplus initial était affecté au seul bénéfice des participants ou si ces derniers touchaient quelque autre avantage de valeur équivalente. Selon le PE, le surplus initial était réservé au financement de l’ajustement ultérieur des prestations au coût de la vie. Or, les dispositions du texte du nouveau régime relatives aux crédits de cotisations mensuelles et à l’intérêt produit par le CRPR font obstacle à tout accroissement du pourcentage d’ajustement au coût de la vie. MTS s’est plutôt accordé, grâce au surplus initial, des périodes d’exonération de cotisations et a ainsi diminué son apport au nouveau régime. Au final, seule MTS a bénéficié de la capitalisation inégale du nouveau régime par les participants.

[81] MTS prétend que, en assumant le risque que la caisse de retraite soit déficitaire et en garantissant l’ajustement au coût de la vie à raison des deux tiers de l’IPC, elle a fait un apport supplémentaire égal au surplus initial. Elle souligne dans son mémoire et dans sa plaidoirie que sa prise en charge du risque de déficit a fait en sorte que son apport au nouveau régime au cours des années qui ont suivi sa mise en œuvre a été beaucoup plus élevé que celui des participants. Or, l’al. 15(2)a) précise que les prestations doivent être de valeur équivalente « à la date de mise en œuvre ». L’apport de MTS au

determining whether the requirements of s. 15(2)(a) were fulfilled.

[82] The trial judge considered the effect of both these changes — assumption of the risk of deficit and COLA guarantee — in his comparison of the plans. In his reasons, he dismissed MTS’s assumption of the risk of deficit as an additional benefit because it was “quid pro quo for . . . the opportunity to utilize surpluses by taking contribution holidays such as occurred during the first few years following the implementation of the New Plan” (para. 526). With respect to the COLA guarantee, the trial judge reviewed the evidence about the COLA in some detail. There was no finding by the trial judge that the COLA guarantee was an additional benefit that could offset the Initial Surplus. He ultimately concluded that but for the Initial Surplus, MTS and plan members contributed equally to the New Plan (para. 529). There is no basis for interfering with these findings of the trial judge.

[83] For the reasons above, the benefits provided by the Old and New Plans were not equivalent in value as of the implementation date. For the benefits to be equivalent in value, the means by which those benefits were funded must also have been equivalent, or additional benefits must have been provided to compensate for any funding inequalities. In this case, MTS did not match the plan members’ contribution of \$43.364 million to the New Plan on the implementation date. Only MTS benefited from this excess contribution; plan members received no enhanced benefits funded by the excess contribution. Based on the factual findings of the trial judge, there has not been adherence to the requirements of s. 15(2)(a).

*B. Whether the Above Interpretation of Section 15(2)(a) Nullifies the Effect of the MOA*

[84] As described above, after the November 7 meeting that culminated in the parties signing the

nouveau régime après le 1<sup>er</sup> janvier 1997 est sans importance pour déterminer s’il a été satisfait ou non aux exigences de l’al. 15(2)a).

[82] Le juge de première instance se penche sur l’effet de ces deux changements — la prise en charge du risque de déficit et la garantie de l’ajustement au coût de la vie — lorsqu’il compare les régimes. Dans ses motifs, il écarte l’argument lié à la prise en charge du risque de déficit en raison [TRADUCTION] « de la contrepartie [. . .] que constitue pour MTS la faculté de bénéficier de périodes d’exonération de cotisations, comme celles qu’elle s’est accordé les premières années qui ont suivi la mise en œuvre du nouveau régime » (par. 526). Pour ce qui est de la garantie d’ajustement au coût de la vie, le juge se livre à un examen assez approfondi de la preuve y afférente. Il ne tire pas de conclusion quant à un apport supplémentaire susceptible de constituer une contrepartie au surplus initial transféré. Il estime finalement que, abstraction faite du surplus initial, MTS et les participants ont contribué également au nouveau régime (par. 529). Nul élément ne justifie de modifier ces conclusions.

[83] Pour les motifs qui précèdent, les prestations prévues par l’ancien et le nouveau régimes le jour de la mise en œuvre du second n’étaient pas de valeur équivalente. Pour qu’il y ait pareille valeur équivalente, les modalités de leur financement doivent aussi être équivalentes ou un avantage supplémentaire doit être conféré pour compenser l’inégalité du financement. En l’espèce, MTS n’a pas fait, le jour de la mise en œuvre du nouveau régime, un apport égal à celui de 43,364 millions de dollars des participants. Seule MTS a bénéficié de l’apport excédentaire; les participants n’ont pas touché de prestations bonifiées grâce à celui-ci. À la lumière des conclusions de fait du juge de première instance, les exigences de l’al. 15(2)a n’ont pas été respectées.

*B. L’interprétation de l’al. 15(2)a retenue en l’espèce a-t-elle pour effet d’annuler le PE?*

[84] Nous l’avons vu, après la rencontre du 7 novembre et la signature du PE, le législateur a

MOA, the legislature added s. 15(11) to the draft bill that was subsequently enacted as the *Reorg. Act*. That section provides that “[n]othing in this section is to be interpreted as nullifying the effect of” the MOA. Thus it is still necessary to ensure that the above interpretation of s. 15(2)(a) does not nullify the effect of the MOA, in particular para. 3, which deals with the Initial Surplus and the PBAA.

[85] I agree with the Court of Appeal that para. 3 imposes two “mandatory obligations” on MTS: that MTS must provide a guaranteed minimum COLA of 2/3 of CPI, up to a maximum CPI of 4 percent, and that MTS must allocate the Initial Surplus to the New Plan’s trust fund to fund future COLA (para. 175). The remainder of para. 3 imposes only the conditional obligation that COLA may be enhanced above the minimum 2/3 of CPI “if sufficient additional assets exist in the account beyond those required for the stated COLA increase” (A.R., vol. VIII, at p. 158 (emphasis added)).

[86] I have determined above that s. 15(2)(a) must be interpreted to mean that equivalency in value of the benefits requires taking the funding of those benefits into account, and that based on the factual findings of the trial judge, s. 15(2)(a) was breached. Neither conclusion nullifies the effect of the mandatory or conditional obligations of the MOA.

C. *Whether MTS’s Written Representations During the Privatization Process Were Enforceable and, if so, Whether the Representations Were Breached*

[87] Having concluded that the New Plan violated s. 15(2)(a) of the *Reorg. Act*, and that this conclusion does not nullify the effects of the MOA, there is no need to consider the plan members’ argument that Mr. Fraser’s written representations that the Initial Surplus would not be used to reduce MTS’s cost of or contributions to the New Plan were legally enforceable and were breached.

ajouté le par. 15(11) à l’avant-projet qui est à l’origine de la *Loi sur la réorganisation*. Le paragraphe dispose qu’« [il] n’a pas pour effet d’annuler » le PE. Il demeure donc nécessaire de s’assurer que mon interprétation de l’al. 15(2)a n’a pas pour effet d’annuler le PE, en particulier son par. 3, qui porte sur le surplus initial et le CRPR.

[85] Je conviens avec la Cour d’appel que le par. 3 impose deux [TRADUCTION] « obligations impératives » à MTS : garantir l’ajustement au coût de la vie à raison d’au moins les deux tiers de l’IPC, sous réserve d’un IPC d’au plus 4 p. 100, et affecter le surplus initial à la caisse fiduciaire du nouveau régime pour financer l’ajustement ultérieur au coût de la vie (par. 175). Le paragraphe 3 impose par ailleurs l’obligation conditionnelle de porter l’ajustement au coût de la vie au-delà du minimum garanti des deux tiers de l’IPC [TRADUCTION] « si l’actif dépasse le montant alors requis pour l’ajustement prévu au coût de la vie » (d.a., vol. VIII, p. 158 (je souligne)).

[86] J’estime que l’équivalence des prestations au sens de l’al. 15(2)a exige la prise en compte de leur financement et que, à la lumière des conclusions de fait du juge de première instance, il y a inobservation de l’al. 15(2)a). Ni l’une ni l’autre de ces conclusions n’a pour effet d’annuler les obligations impératives ou conditionnelles découlant du PE.

C. *Les engagements écrits de MTS au cours du processus de privatisation ont-ils force exécutoire et, dans l’affirmative, sont-ils respectés?*

[87] Puisque, selon moi, le nouveau régime contrevient à l’al. 15(2)a) de la *Loi sur la réorganisation* et que cette conclusion n’a pas pour effet d’annuler le PE, point n’est besoin de se prononcer sur la prétention des participants selon laquelle les engagements écrits de M. Fraser portant que le surplus initial ne serait pas affecté à la réduction du coût supporté par MTS relativement au nouveau régime ou de ses cotisations à celui-ci ont force exécutoire et ont fait l’objet d’un manquement.

#### D. *Remedy*

[88] Upon concluding that the New Plan violated the *Reorg. Act* and the MOA, the trial judge ordered that the Initial Surplus that was transferred to the New Plan (\$43.364 million, the amount agreed to by the parties) plus plan rate interest was to be made available to the plan members for enhancements to pension benefits. He ordered the parties to “negotiate utilization of the Funds and arrive at a mutually agreeable implementation process” and, in the event agreement is not possible, to “submit further evidence and/or submissions to the Court for determination of utilization of the Funds and the implementation process” (A.R., vol. I, at pp. 178-79).

[89] Having agreed with the trial judge’s conclusions with respect to liability, I would reinstate this remedial order to negotiate, and remand the matter to the trial judge, should the parties prove unable to reach an agreement. In the course of negotiations, parties should bear in mind any applicable restrictions imposed by the *ITA* and the *PBSA*. Any negotiated arrangement — be it recording a liability in favour of plan members of an amount negotiated by the parties in the PBAA or establishing a separate unregistered pension plan as referred to in the record or some other solution — must comply with these restrictions.

[90] In MTS’s submissions on costs, it suggested that the organizations that have been acting on behalf of the plan members represent only unionized and retiree plan members, which may not include all of the relevant beneficiaries. If required to review any implementation process arrived at by the parties or reach his own determination as to the appropriate implementation process, the trial judge should ensure that the process adequately protects the interests of all of the relevant beneficiaries.

#### VI. Conclusion

[91] The appeal is allowed with costs throughout, including those for the application for leave to appeal in this Court, on a solicitor-and-client basis, to

#### D. *La réparation*

[88] Après avoir conclu que le nouveau régime contrevient à la *Loi sur la réorganisation* et au PE, le juge de première instance ordonne de mettre à la disposition des participants pour la bonification de leurs prestations de retraite le surplus initial transféré au nouveau régime (43,364 millions de dollars, soit la somme convenue par les parties), majoré de l’intérêt au taux du régime. Il ordonne en outre aux parties [TRADUCTION] « de convenir par voie de négociation de modalités d’affectation de la somme et d’un processus de mise en œuvre acceptables à toutes les parties » et, si elles n’arrivent pas à s’entendre, « de lui présenter de nouveaux éléments de preuve et arguments afin qu’il prononce sur l’utilisation de la somme et le processus de mise en œuvre » (d.a., vol. I, p. 178-179).

[89] Vu mon accord avec le juge de première instance au chapitre de l’obligation, je suis d’avis de rétablir son ordonnance de réparation qui enjoint aux parties de négocier et de lui renvoyer l’affaire si elles n’arrivent pas à s’entendre. Au cours des négociations, les parties doivent tenir compte des contraintes découlant de la *LIR* et de la *LNPP*. L’accord conclu — qu’il s’agisse de l’inscription au CRPR d’une obligation en faveur des participants à raison d’une somme convenue ou de l’établissement d’un régime de retraite non enregistré distinct, comme il en est fait mention au dossier, ou d’autre chose — doit respecter ces contraintes.

[90] Dans ses observations sur les dépens, MTS laisse entendre que les organisations qui défendent les intérêts des participants ne représentent que les participants syndiqués et les participants retraités, et non nécessairement la totalité des bénéficiaires en cause. S’il est appelé à examiner le processus de mise en œuvre convenu par les parties ou à arrêter le processus qui s’impose, le juge de première instance devra veiller à ce que ce processus protège bien les intérêts de tous les bénéficiaires en cause.

#### VI. Conclusion

[91] Le pourvoi est accueilli avec dépens devant toutes les cours, y compris ceux relatifs à la demande d’autorisation d’appel devant la Cour, sur

be paid out of the New Plan trust fund (see *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273, at para. 97).

*Appeal allowed with costs throughout.*

*Solicitors for the appellants: D'Arcy & Deacon, Winnipeg; Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Solicitors for the respondents: Taylor McCaffrey, Winnipeg.*

la base procureur-client, prélevés sur la caisse fiduciaire du nouveau régime (voir *Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, par. 97).

*Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.*

*Procureurs des appelants : D'Arcy & Deacon, Winnipeg; Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Procureurs des intimées : Taylor McCaffrey, Winnipeg.*

**A.I. Enterprises Ltd. and  
Alan Schelew** *Appellants*

v.

**Bram Enterprises Ltd. and  
Jamb Enterprises Ltd.** *Respondents*

and

**Attorney General of British  
Columbia** *Intervener*

**INDEXED AS: A.I. ENTERPRISES LTD. v. BRAM  
ENTERPRISES LTD.**

**2014 SCC 12**

File No.: 34863.

2013: May 22; 2014: January 31.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEW BRUNSWICK**

*Torts — Intentional torts — Unlawful interference with economic relations — Scope of liability — Minority owner of apartment building and its director interfering with attempts by majority owners to sell building to third parties — Whether minority owner and its director liable in tort for unlawful interference with economic relations.*

*Fiduciary duty — Breach by director — Minority owner of apartment building and its director interfering with attempts by majority owners to sell building to third parties — Whether director liable for breach of fiduciary duty.*

Joyce, a corporation, owned an apartment building in Moncton, New Brunswick. Corporate entities Bram and Jamb together owned a majority of Joyce while a minority interest was held by corporation A.I., whose owner and sole director was A. A syndication agreement between Joyce, Bram, Jamb and A.I. contained a sale mechanism giving a majority of investors the right to

**A.I. Enterprises Ltd. et  
Alan Schelew** *Appelants*

c.

**Bram Enterprises Ltd. et  
Jamb Enterprises Ltd.** *Intimées*

et

**Procureur général de la  
Colombie-Britannique** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : A.I. ENTERPRISES LTD. c. BRAM  
ENTERPRISES LTD.**

**2014 CSC 12**

N° du greffe : 34863.

2013 : 22 mai; 2014 : 31 janvier.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK**

*Responsabilité délictuelle — Délits intentionnels — Atteinte illégale aux rapports économiques — Champ de la responsabilité — Entrave par le propriétaire minoritaire d'un immeuble d'habitation et son administrateur aux efforts déployés par les propriétaires majoritaires en vue de vendre l'immeuble à un tiers — Le propriétaire minoritaire et son administrateur sont-ils délictuellement responsables d'atteinte illégale aux rapports économiques?*

*Obligation fiduciaire — Manquement par un administrateur — Entrave par le propriétaire minoritaire d'un immeuble d'habitation et son administrateur aux efforts déployés par les propriétaires majoritaires en vue de vendre l'immeuble à un tiers — L'administrateur a-t-il manqué à son obligation fiduciaire?*

La société Joyce possédait un immeuble d'habitation à Moncton au Nouveau-Brunswick. Les sociétés Bram et Jamb détenaient ensemble une participation majoritaire dans Joyce, la participation minoritaire étant détenue par la société A.I., dont le propriétaire et seul administrateur était A. L'entente de syndication conclue entre Joyce, Bram, Jamb et A.I. prévoyait un mécanisme

sell the building subject to a right of first refusal of any dissenting investor to purchase it at a professionally appraised value. In 2000, Bram and Jamb wanted to sell the property but A.I. and A did not. Notice was given to A.I. under the syndication agreement and the building was appraised at \$2.2 million. A.I. did not purchase the property and thus it was listed for sale. While the property was listed, A.I. and A attempted to invoke the arbitration process under the syndication agreement, filed encumbrances against the property, and denied entry to the property to prospective buyers. Potential sales to third party purchasers failed, and A.I. ultimately bought the building for the appraised value of \$2.2 million.

Subsequently, Bram and Jamb brought an action against A.I. and A claiming that, as a result of A.I. and A's wrongful conduct, the sale had been substantially delayed and was for less money than they could have obtained from a third party purchaser. The trial judge found that A.I. and A's conduct amounted to interference by unlawful means and awarded damages reflecting the difference between the sale price paid by A.I. and the price that could have been obtained from a third party. The Court of Appeal dismissed A.I. and A's appeal. Although the court found that the acts of A.I. and A did not meet the requirements for liability under the unlawful means tort, it held that liability could be imposed on the basis of a principled exception.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The tort of unlawful interference with economic relations has also been referred to as “interference with a trade or business by unlawful means”, “intentional interference with economic relations”, “causing loss by unlawful means” or simply as the “unlawful means” tort. The unlawful means tort is an intentional tort which creates a type of “parasitic” liability in a three-party situation: it allows a plaintiff to sue a defendant for economic loss resulting from the defendant’s unlawful act against a third party. Liability to the plaintiff is based on (or parasitic upon) the defendant’s unlawful act against the third party. The two core components of the unlawful means tort are that the defendant must use unlawful means and that the defendant must intend to harm the plaintiff through the use of the unlawful means.

de vente donnant à une majorité des investisseurs le droit de vendre l'immeuble sous réserve de l'exercice par tout investisseur dissident d'un droit de premier refus permettant l'achat de l'immeuble à sa valeur d'expertise. En 2000, Bram et Jamb voulaient vendre l'immeuble, ce à quoi s'opposaient A.I. et A. L'avis prévu à l'entente de syndication a été donné à A.I., et une expertise a établi la valeur de l'immeuble à 2,2 millions de dollars. A.I. n'a pas acheté l'immeuble, qui a donc été mis en vente. A.I. et A ont alors tenté de recourir à la procédure d'arbitrage prévue à l'entente de syndication et d'enregistrer des grèvements contre l'immeuble et ils ont refusé l'accès à la propriété à des acheteurs potentiels. N'ayant pu être vendu à un tiers, l'immeuble a finalement été acheté par A.I. à sa valeur d'expertise de 2,2 millions de dollars.

Bram et Jamb ont par la suite intenté une action contre A.I. et A, soutenant que la conduite fautive de ces derniers avait considérablement retardé la vente et avait résulté en un produit inférieur à celui qu'elles auraient obtenu d'un tiers. Le juge de première instance a conclu que la conduite de A.I. et de A constituait une atteinte par un moyen illégal et a accordé des dommages-intérêts équivalant à la différence entre le prix d'achat payé par A.I. et celui qui aurait pu être obtenu d'un tiers. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par A.I. et A. Elle a jugé que leurs actes ne satisfaisaient pas aux critères applicables en matière de responsabilité pour le délit d'atteinte par un moyen illégal, mais qu'on pouvait reconnaître leur responsabilité en application d'une exception de principe.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Le délit d'atteinte illégale aux rapports économiques a également été dénommé « atteinte aux rapports commerciaux par un moyen illicite », « atteinte aux intérêts économiques par un geste illégal », délit consistant à « causer une perte par un moyen illicite » ou simplement délit d'« atteinte par un moyen illégal ». Le délit d'atteinte par un moyen illégal est un délit d'intention emportant une responsabilité que l'on pourrait qualifier de « parasitique » dans une situation mettant en cause trois parties : il permet au demandeur de poursuivre le défendeur pour la perte économique que lui a causée la conduite illégale de ce dernier envers un tiers. La responsabilité envers le demandeur découle de l'acte illégal du défendeur contre le tiers (ou en dépend, à la manière d'un parasite). Les deux éléments essentiels du délit d'atteinte par un moyen illégal sont les suivants : le défendeur a recours à un moyen illégal et il cause ainsi intentionnellement un préjudice au demandeur.



In order for conduct to constitute “unlawful means” for this tort, the conduct must give rise to a civil cause of action by the third party or would do so if the third party had suffered loss as a result of that conduct. The unlawful means tort should be kept within narrow bounds. Its scope should be understood in the context of the broad outlines of tort law’s approach to regulating economic and competitive activity. Several aspects of that approach support adopting a narrow scope: the common law accords less protection to purely economic interests; it is reluctant to develop rules to enforce fair competition; it is concerned not to undermine certainty in commercial affairs; and the history of the common law shows that tort liability, if unduly expanded, may undermine fundamental rights. The rationale underlying the unlawful means tort is the “liability stretching” rationale, which focuses on extending an existing right to sue from the immediate victim of the unlawful act to another party whom the defendant intended to target with the unlawful conduct. It extends civil liability without creating new actionable wrongs, thereby closing a perceived liability gap where the wrongdoer’s acts in relation to a third party, which are in breach of established legal obligations to that third party, intentionally target the injured plaintiff. This rationale of the tort supports a narrow definition of “unlawful means”: the tort does not seek to create new actionable wrongs but simply to expand the range of persons who may sue for harm intentionally caused by existing actionable wrongs to a third party. Thus, criminal offences and breaches of statute will not be *per se* actionable under the unlawful means tort, but the tort will be available if, under common law principles, those acts also give rise to a civil action by the third party and interfered with the plaintiff’s economic activity. This approach avoids “tortifying” the criminal and regulatory law by imposing civil liability where there would otherwise not be any.

The unlawfulness requirement is not subject to principled exceptions. Providing trial judges with room to deal with cases that do not fall within the scope of the tort’s liability simply confers an unstructured judicial discretion to do what appears to the particular judge to be just in the particular circumstances. Allowing for exceptions without clearly outlining the principles to guide the development of the law invites the danger of *ad hoc*

Par « moyen illégal » dans le contexte de ce délit, on entend la conduite qui donne au tiers une cause d’action civile ou lui en donnerait une si elle lui avait causé une perte. Le délit d’atteinte par un moyen illégal doit être circonscrit étroitement. Il faut examiner sa portée à la lumière de la philosophie générale du droit de la responsabilité délictuelle quant à la régulation de l’activité économique et concurrentielle. Plusieurs aspects de cette philosophie justifient une définition étroite de ce délit : la common law ne protège pas autant les intérêts purement économiques que d’autres types d’intérêts, elle hésite à établir des règles pour forcer la concurrence loyale, elle veille à ne pas compromettre la certitude en matière commerciale, et son histoire démontre que l’expansion induite de la responsabilité délictuelle peut fragiliser des droits fondamentaux. Le fondement qui sous-tend le délit d’atteinte par un moyen illégal est celui de l’« extension du champ de la responsabilité », suivant lequel le droit d’action que peut exercer la victime directe de la conduite illégale est également reconnu à la personne que visait intentionnellement le défendeur par cette conduite. Le champ de la responsabilité civile est ainsi étendu sans que de nouvelles fautes ouvrant droit à action soient créées, ce qui permet de combler ce qui est perçu comme une lacune en matière de responsabilité, dans les cas où l’auteur d’un acte fautif commis à l’endroit d’un tiers en contravention aux obligations juridiques établies qu’il a à l’égard de ce dernier vise intentionnellement le demandeur lésé. Ce fondement du délit milite en faveur d’une définition étroite du « moyen illégal » : le délit a pour effet non pas de créer de nouvelles fautes ouvrant droit à action, mais simplement de reconnaître à d’autres personnes la possibilité de poursuivre pour un préjudice qui leur a été causé intentionnellement par une faute donnant déjà matière à procès à un tiers. Les infractions criminelles et contraventions aux lois ne permettront donc pas a priori d’intenter une action pour atteinte par un moyen illégal, mais une telle action sera possible si les actes en cause, suivant les principes de la common law, fondent également l’action civile du tiers et ont porté atteinte à l’activité économique du demandeur. Cette démarche évite de « délictualiser » le régime légal en matière criminelle ou réglementaire en imposant une responsabilité civile là où il n’y en aurait pas.

Le critère du caractère illégal n’admet pas d’exceptions de principe. Donner aux juges de première instance une marge de manœuvre permettant de régler les affaires débordant le cadre de la responsabilité qu’emporte ce délit ne fait que conférer aux juges un pouvoir discrétionnaire non structuré les autorisant à ordonner les mesures leur paraissant justes dans les circonstances particulières. Autoriser des exceptions sans définir

decisions tailored to achieve a vision of commercial morality — precisely the danger which the “unlawful means” requirement is meant to avoid.

Mere foreseeability of economic harm does not meet the requirement for intention in the unlawful means tort. The defendant must have the intention to cause economic harm to the plaintiff as an end in itself or the intention to cause economic harm to the plaintiff because it is a necessary means of achieving an end that serves some ulterior motive. It is the intentional targeting of the plaintiff by the defendant that justifies stretching the defendant’s liability so as to afford the plaintiff a cause of action. It is not sufficient that the harm to the plaintiff be an incidental consequence of the defendant’s conduct, even where the defendant realizes that it is extremely likely that harm to the plaintiff may result. Such incidental economic harm is an accepted part of market competition.

The existence of a valid business relationship between the plaintiff and the third party and the defendant’s knowledge of that relationship are not elements of the unlawful means tort. The focus of this tort is unlawful conduct that intentionally harms the plaintiff’s economic interests. There need be no contract or even other formal dealings between the plaintiff and the third party so long as the defendant’s conduct is unlawful and it intentionally harms the plaintiff’s economic interests.

The tort of unlawful means is available even if there is another cause of action available to the plaintiff against the defendant in relation to the alleged misconduct. The gist of the tort is the targeting of the plaintiff by the defendant through the instrumentality of unlawful acts against a third party. It is that conduct by the defendant which gives rise to liability quite apart from conduct that may be otherwise actionable by the plaintiff. General principles of tort liability accept concurrent liability and overlapping causes of action for distinct wrongs suffered by the plaintiff in respect of the same incident.

In this case, the Court of Appeal concluded that there was no wrong that would be actionable by the third party (the prospective purchasers) against A.I. and A. Accordingly, A.I. and A cannot be found liable to Bram

précisément les principes devant guider l’évolution du droit expose au danger de jugements d’espèce rendus en fonction d’une certaine conception de l’éthique commerciale, précisément ce que le critère du « moyen illégal » vise à éviter.

La seule prévisibilité du préjudice économique ne suffit pas pour constituer l’intention que requiert le délit d’atteinte par un moyen illégal. Le défendeur doit avoir l’intention de causer un préjudice économique au demandeur comme fin en soi ou l’intention de causer un préjudice économique au demandeur comme moyen nécessaire pour parvenir à une fin qui sert un but inavoué. C’est le fait pour le défendeur de prendre intentionnellement pour cible le demandeur qui justifie l’élargissement du champ de la responsabilité du défendeur de manière à fournir au demandeur une cause d’action. Il ne suffit pas que la conduite du défendeur cause incidemment un préjudice au demandeur, même lorsque le premier est conscient de la probabilité extrêmement élevée qu’il en résulte un préjudice. Ce type de préjudice économique incident constitue une condition acceptée de la libre concurrence.

L’existence de rapports commerciaux valides entre le demandeur et le tiers, et la connaissance de ces rapports par le défendeur ne sont pas des éléments constitutifs du délit d’atteinte par un moyen illégal. L’élément fondamental de ce délit est la conduite illégale causant un préjudice intentionnel aux intérêts économiques du demandeur. L’existence d’un contrat n’est pas nécessaire, ni même l’existence d’autres relations d’affaires officielles entre le demandeur et le tiers; il suffit que la conduite du défendeur soit illégale et qu’elle cause un préjudice intentionnel aux intérêts économiques du demandeur.

Le demandeur peut invoquer le délit d’atteinte par un moyen illégal même si l’inconduite reprochée lui ouvre une autre cause d’action contre le défendeur. L’essence de ce délit est le fait pour le défendeur de prendre pour cible le demandeur par l’intermédiaire d’actes illégaux commis contre un tiers. C’est cette conduite qui emporte la responsabilité du défendeur, indépendamment des actes qui pourraient par ailleurs donner au demandeur matière à procès. La responsabilité concurrente et le chevauchement de causes d’action pour des préjudices distincts subis par le demandeur lors d’un même incident sont des notions reçues en droit de la responsabilité délictuelle.

En l’espèce, la Cour d’appel a conclu à l’absence d’une faute donnant au tiers (les acheteurs potentiels) matière à procès contre A.I. et A. En conséquence, on ne saurait conclure à la responsabilité de A.I. et A à

and Jamb on the basis of the unlawful means tort; however, the trial judge made strong findings that A breached his fiduciary obligations as a director of the family companies and the trial judge's award should be upheld on that basis. While A.I. was not a fiduciary, A was its sole director and shareholder and it is therefore liable for knowing assistance in the breach of fiduciary duty and knowing receipt of proceeds of the breach.

### Cases Cited

**Referred to:** *OBG Ltd. v. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1; *Tarleton v. M'Gawley* (1793), Peake 270, 170 E.R. 153; *No. 1 Collision Repair & Painting (1982) Ltd. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2000 BCCA 463, 80 B.C.L.R. (3d) 62, leave to appeal refused, [2001] 1 S.C.R. xv; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *Mogul Steamship Company v. McGregor, Gow, & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598, aff'd [1892] A.C. 25; *Allen v. Flood*, [1898] A.C. 1; *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452; *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495; *Revenue and Customs Commissioners v. Total Network SL*, [2008] UKHL 19, [2008] 1 A.C. 1174; *Sanders v. Snell*, [1998] HCA 64, 196 C.L.R. 329; *Canberra Data Centres Pty Ltd. v. Vibe Constructions (ACT) Pty Ltd.*, [2010] ACTSC 20, 173 A.C.T.R. 33; *Hardie Finance Corporation Pty Ltd. v. Ahern (No. 3)*, [2010] WASC 403 (AustLII); *Van Camp Chocolates Ltd. v. Aulsebrooks Ltd.*, [1984] 1 N.Z.L.R. 354; *Diver v. Loktronic Industries Ltd.*, [2012] NZCA 131 (NZLII); *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265; *The Queen in Right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Gagnon v. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] S.C.R. 435; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Roman Corporation Ltd. v. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd.*, [1973] S.C.R. 820; *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42; *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427; *Gershman v. Manitoba Vegetable Producers' Marketing Board* (1976), 69 D.L.R. (3d) 114; *Conway v. Zinkhofer*, 2008 ABCA 392

l'endroit de Bram et Jamb sur le fondement du délit d'atteinte par un moyen illégal; cependant, le juge de première instance a tiré de solides conclusions selon lesquelles A avait manqué à son obligation fiduciaire à titre d'administrateur des sociétés familiales, et il convient de maintenir le montant des dommages-intérêts qu'il a accordés sur ce fondement. Parce qu'A en était le seul administrateur et actionnaire, A.I. a engagé sa responsabilité, bien qu'elle ne fût pas elle-même fiduciaire, pour avoir aidé en connaissance de cause à commettre un manquement à l'obligation fiduciaire et pour avoir reçu en connaissance de cause le produit de ce manquement.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *OBG Ltd. c. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1; *Tarleton c. M'Gawley* (1793), Peake 270, 170 E.R. 153; *No. 1 Collision Repair & Painting (1982) Ltd. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2000 BCCA 463, 80 B.C.L.R. (3d) 62, autorisation d'appel refusée, [2001] 1 R.C.S. xv; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *Mogul Steamship Company c. McGregor, Gow, & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598, conf. par [1892] A.C. 25; *Allen c. Flood*, [1898] A.C. 1; *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452; *Quinn c. Leathem*, [1901] A.C. 495; *Revenue and Customs Commissioners c. Total Network SL*, [2008] UKHL 19, [2008] 1 A.C. 1174; *Sanders c. Snell*, [1998] HCA 64, 196 C.L.R. 329; *Canberra Data Centres Pty Ltd. c. Vibe Constructions (ACT) Pty Ltd.*, [2010] ACTSC 20, 173 A.C.T.R. 33; *Hardie Finance Corporation Pty Ltd. c. Ahern (No. 3)*, [2010] WASC 403 (AustLII); *Van Camp Chocolates Ltd. c. Aulsebrooks Ltd.*, [1984] 1 N.Z.L.R. 354; *Diver c. Loktronic Industries Ltd.*, [2012] NZCA 131 (NZLII); *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265; *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Gagnon c. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] R.C.S. 435; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Roman Corporation Ltd. c. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd.*, [1973] R.C.S. 820; *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42; *Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas*, 2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427; *Gershman c. Manitoba Vegetable Producers' Marketing Board* (1976), 69

(CanLII); *Polar Ice Express Inc. v. Arctic Glacier Inc.*, 2009 ABCA 20, 446 A.R. 295; *R.L.T.V. Investments Inc. v. Saskatchewan Telecommunications*, 2009 SKCA 83, 331 Sask. R. 78, leave to appeal refused, [2010] 1 S.C.R. xiv; *Reach M.D. Inc. v. Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada* (2003), 65 O.R. (3d) 30; *Torquay Hotel Co., Ltd. v. Cousins*, [1969] 1 All E.R. 522; *Drouillard v. Cogeco Cable Inc.*, 2007 ONCA 322, 86 O.R. (3d) 431; *Conversions by Vantasy Ltd. v. General Motors of Canada Ltd.*, 2006 MBCA 69, 205 Man. R. (2d) 131, leave to appeal refused, [2007] 1 S.C.R. viii; *Correia v. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353; *O'Dwyer v. Ontario Racing Commission*, 2008 ONCA 446, 293 D.L.R. (4th) 559; *Alleslev-Krofchak v. Valcom Ltd.*, 2010 ONCA 557, 322 D.L.R. (4th) 193, leave to appeal refused, [2011] 1 S.C.R. xi; *Barber v. Vrozoz*, 2010 ONCA 570, 322 D.L.R. (4th) 577; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *Westcoast Landfill Diversion Corp. v. Cowichan Valley (Regional District)*, 2009 BCSC 53, 55 M.P.L.R. (4th) 208; *0856464 B.C. Ltd. v. TimberWest Forest Corp.*, 2012 BCSC 597, 89 C.B.R. (5th) 235; *Canuck Security Services Ltd. v. Gill*, 2013 BCSC 893 (CanLII); *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Douglas v. Hello! Ltd.*, [2005] EWCA Civ 595, [2005] 4 All E.R. 128.

### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 6, 7.  
*Trade Disputes Act, 1906* (U.K.), 6 Edw. 7, c. 47.

### Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated September 2013, release 47).  
 Adell, Bernard. "Secondary Picketing after *Pepsi-Cola*: What's Clear, and What Isn't?" (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 135.  
 American Law Institute. *Restatement of the Law, Second: Torts 2d*. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1989.  
 Barker, Kit, et al. *The Law of Torts in Australia*, 5th ed. South Melbourne: Oxford University Press, 2012.  
 Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.  
 Burns, Peter. "Tort Injury to Economic Interests: Some Facets of Legal Response" (1980), 58 *Can. Bar Rev.* 103.

D.L.R. (3d) 114; *Conway c. Zinkhofer*, 2008 ABCA 392 (CanLII); *Polar Ice Express Inc. c. Arctic Glacier Inc.*, 2009 ABCA 20, 446 A.R. 295; *R.L.T.V. Investments Inc. c. Saskatchewan Telecommunications*, 2009 SKCA 83, 331 Sask. R. 78, autorisation d'appel refusée, [2010] 1 R.C.S. xiv; *Reach M.D. Inc. c. Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada* (2003), 65 O.R. (3d) 30; *Torquay Hotel Co., Ltd. c. Cousins*, [1969] 1 All E.R. 522; *Drouillard c. Cogeco Cable Inc.*, 2007 ONCA 322, 86 O.R. (3d) 431; *Conversions by Vantasy Ltd. c. General Motors of Canada Ltd.*, 2006 MBCA 69, 205 Man. R. (2d) 131, autorisation d'appel refusée, [2007] 1 R.C.S. viii; *Correia c. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353; *O'Dwyer c. Ontario Racing Commission*, 2008 ONCA 446, 293 D.L.R. (4th) 559; *Alleslev-Krofchak c. Valcom Ltd.*, 2010 ONCA 557, 322 D.L.R. (4th) 193, autorisation d'appel refusée, [2011] 1 R.C.S. xi; *Barber c. Vrozoz*, 2010 ONCA 570, 322 D.L.R. (4th) 577; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *Westcoast Landfill Diversion Corp. c. Cowichan Valley (Regional District)*, 2009 BCSC 53, 55 M.P.L.R. (4th) 208; *0856464 B.C. Ltd. c. TimberWest Forest Corp.*, 2012 BCSC 597, 89 C.B.R. (5th) 235; *Canuck Security Services Ltd. c. Gill*, 2013 BCSC 893 (CanLII); *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Douglas c. Hello! Ltd.*, [2005] EWCA Civ 595, [2005] 4 All E.R. 128.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 6, 7.  
*Trade Disputes Act, 1906* (R.-U.), 6 Edw. 7, ch. 47.

### Doctrine et autres documents cités

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated September 2013, release 47).  
 Adell, Bernard. « Secondary Picketing after *Pepsi-Cola*: What's Clear, and What Isn't? » (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 135.  
 American Law Institute. *Restatement of the Law, Second: Torts 2d*. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1989.  
 Barker, Kit, et al. *The Law of Torts in Australia*, 5th ed. South Melbourne: Oxford University Press, 2012.  
 Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.  
 Burns, Peter. « Tort Injury to Economic Interests: Some Facets of Legal Response » (1980), 58 *R. du B. can.* 103.

- Burns, Peter T., and Joost Blom. *Economic Interests in Canadian Tort Law*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
- Carty, Hazel. *An Analysis of the Economic Torts*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Carty, Hazel. *An Analysis of the Economic Torts*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Carty, Hazel. "Intentional Violation of Economic Interests: The Limits of Common Law Liability" (1988), 104 *Law Q. Rev.* 250.
- Carty, Hazel. "The Economic Torts and English Law: An Uncertain Future" (2006-2007), 95 *Ky. L.J.* 845.
- Carty, Hazel. "The Economic Torts in the 21st Century" (2008), 124 *Law Q. Rev.* 641.
- Deakin, Simon, and John Randall. "Rethinking the Economic Torts" (2009), 72 *Mod. L. Rev.* 519.
- Eekelaar, John. "The Conspiracy Tangle" (1990), 106 *Law Q. Rev.* 223.
- Elias, Patrick, and Keith Ewing. "Economic Torts and Labour Law: Old Principles and New Liabilities" (1982), 41 *Cambridge L.J.* 321.
- Estes, Jerry C. "Expanding Horizons in the Law of Torts — Tortious Interference" (1974), 23 *Drake L. Rev.* 341.
- Fleming's The Law of Torts*, 10th ed. by Carolyn Sappideen and Prue Vines, eds. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2011.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, 3rd ed. by G. H. L. Fridman et al. Toronto: Carswell, 2010.
- Kain, Brandon, and Anthony Alexander. "The 'Unlawful Means' Element of the Economic Torts: Does a Coherent Approach Lie Beyond Reach?", in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2010*. Toronto: Carswell, 2010, 33.
- Lee, Pey Woan. "Causing Loss by Unlawful Means", [2011] *S.J.L.S.* 330.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 9th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.
- Markesinis and Deakin's Tort Law*, 7th ed. by Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. Oxford: Clarendon Press, 2013.
- Neyers, J. W. "Rights-based justifications for the tort of unlawful interference with economic relations" (2008), 28 *L.S.* 215.
- Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- Perlman, Harvey S. "Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine" (1982), 49 *U. Chicago L. Rev.* 61.
- Burns, Peter T., and Joost Blom. *Economic Interests in Canadian Tort Law*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
- Carty, Hazel. *An Analysis of the Economic Torts*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Carty, Hazel. *An Analysis of the Economic Torts*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Carty, Hazel. « Intentional Violation of Economic Interests : The Limits of Common Law Liability » (1988), 104 *Law Q. Rev.* 250.
- Carty, Hazel. « The Economic Torts and English Law : An Uncertain Future » (2006-2007), 95 *Ky. L.J.* 845.
- Carty, Hazel. « The Economic Torts in the 21st Century » (2008), 124 *Law Q. Rev.* 641.
- Deakin, Simon, and John Randall. « Rethinking the Economic Torts » (2009), 72 *Mod. L. Rev.* 519.
- Eekelaar, John. « The Conspiracy Tangle » (1990), 106 *Law Q. Rev.* 223.
- Elias, Patrick, and Keith Ewing. « Economic Torts and Labour Law : Old Principles and New Liabilities » (1982), 41 *Cambridge L.J.* 321.
- Estes, Jerry C. « Expanding Horizons in the Law of Torts — Tortious Interference » (1974), 23 *Drake L. Rev.* 341.
- Fleming's The Law of Torts*, 10th ed. by Carolyn Sappideen and Prue Vines, eds. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2011.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, 3rd ed. by G. H. L. Fridman et al. Toronto: Carswell, 2010.
- Kain, Brandon, and Anthony Alexander. « The "Unlawful Means" Element of the Economic Torts : Does a Coherent Approach Lie Beyond Reach? », in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2010*. Toronto: Carswell, 2010, 33.
- Lee, Pey Woan. « Causing Loss by Unlawful Means », [2011] *S.J.L.S.* 330.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 9th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.
- Markesinis and Deakin's Tort Law*, 7th ed. by Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. Oxford: Clarendon Press, 2013.
- Neyers, J. W. « Rights-based justifications for the tort of unlawful interference with economic relations » (2008), 28 *L.S.* 215.
- Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- Perlman, Harvey S. « Interference with Contract and Other Economic Expectancies : A Clash of Tort and Contract Doctrine » (1982), 49 *U. Chicago L. Rev.* 61.

Podolny, Ronald. “The Tort of Intentional Interference with Economic Relations: Is Clarity Out of *Reach*?” (2012), 52 *Can. Bus. L.J.* 63.

Sales, Philip, and Daniel Stilitz. “Intentional Infliction of Harm by Unlawful Means” (1999), 115 *Law Q. Rev.* 411.

Stevens, Lyn L. “Interference With Economic Relations — Some Aspects of the Turmoil in the Intentional Torts” (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 595.

Stevens, Robert. *Torts and Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

*Waters’ Law of Trusts in Canada*, 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto: Carswell, 2012.

Watkins, Larry. “Tort Law — Tortious Interference with Business Expectancy — A Trap for the Wary and Unwary Alike” (2012), 34 *U. Ark. Little Rock L. Rev.* 619.

Weir, Tony. *Economic Torts*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

*Winfield and Jolowicz on Tort*, 18th ed. by W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 2010.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Robertson, Bell and Green JJ.A.), 2012 NBCA 33, 387 N.B.R. (2d) 215, 350 D.L.R. (4th) 601, 96 C.C.L.T. (3d) 1, 2 B.L.R. (5th) 171, [2012] N.B.J. No. 116 (QL), 2012 CarswellNB 194, affirming a decision of Dionne J., 2010 NBQB 245, July 22, 2010. Appeal dismissed.

*Richard J. Scott, Q.C.*, for the appellants.

*Charles A. LeBlond, Q.C.*, and *Marie-France Major*, for the respondents.

*J. Gareth Morley* and *Christina Drake*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

## I. Overview

[1] A group of family members, through their companies, owned an apartment building. The majority of them wanted to sell it, but one of them

Podolny, Ronald. « The Tort of Intentional Interference with Economic Relations : Is Clarity Out of *Reach*? » (2012), 52 *Rev. can. dr. comm.* 63.

Sales, Philip, and Daniel Stilitz. « Intentional Infliction of Harm by Unlawful Means » (1999), 115 *Law Q. Rev.* 411.

Stevens, Lyn L. « Interference With Economic Relations — Some Aspects of the Turmoil in the Intentional Torts » (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 595.

Stevens, Robert. *Torts and Rights*. Oxford : Oxford University Press, 2007.

*Waters’ Law of Trusts in Canada*, 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto : Carswell, 2012.

Watkins, Larry. « Tort Law — Tortious Interference with Business Expectancy — A Trap for the Wary and Unwary Alike » (2012), 34 *U. Ark. Little Rock L. Rev.* 619.

Weir, Tony. *Economic Torts*. Oxford : Clarendon Press, 1997.

*Winfield and Jolowicz on Tort*, 18th ed. by W. V. H. Rogers. London : Sweet & Maxwell, 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (les juges Robertson, Bell et Green), 2012 NBCA 33, 387 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 215, 350 D.L.R. (4th) 601, 96 C.C.L.T. (3d) 1, 2 B.L.R. (5th) 171, [2012] A.N.-B. n<sup>o</sup> 116 (QL), 2012 CarswellNB 195, qui a confirmé une décision du juge Dionne, 2010 NBBR 245, 22 juillet 2010. Pourvoi rejeté.

*Richard J. Scott, c.r.*, pour les appelants.

*Charles A. LeBlond, c.r.*, et *Marie-France Major*, pour les intimées.

*J. Gareth Morley* et *Christina Drake*, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

## I. Aperçu

[1] Des personnes apparentées étaient, par sociétés interposées, propriétaires d’un immeuble d’habitation. La majorité d’entre elles voulait

did not. He took a series of actions to thwart the sale. The result was that the ultimate sale price was nearly \$400,000 less than it otherwise might have been. When the majority sued to recover this loss, the main question was whether the dissenting family member and his company were liable for what the trial judge referred to as the tort of unlawful interference with economic relations.

[2] While this tort is far from new, its scope is unsettled and needs clarification. There is not even any generally accepted nomenclature for the tort. It is variously referred to as “unlawful interference with economic relations”, “interference with a trade or business by unlawful means”, “intentional interference with economic relations”, or simply “causing loss by unlawful means”. I will refer to it by either the latter name or simply as the “unlawful means” tort.

[3] The uncertainty surrounding the unlawful means tort is reflected in the different approaches taken by the trial judge and the Court of Appeal in this case. The trial judge found the dissenting family member and his company liable. They had, he concluded, unlawfully and intentionally interfered with the economic relations between the majority owners and the prospective purchasers. Their conduct qualified as unlawful because it lacked any legal justification. The New Brunswick Court of Appeal upheld this result, although for significantly different reasons. The acts of the dissenting family member and his company did not meet the general requirement that they be unlawful because they did not provide any basis for a civil suit by the prospective purchasers. However, liability could be imposed on the basis of a “principled exception” to this requirement.

vendre l’immeuble, mais une s’y opposait. Par diverses mesures, le parent dissident a fait obstacle à la vente, de sorte que le prix de vente final était inférieur de près de 400 000 \$ à ce qu’il aurait pu être. L’action intentée par la majorité des membres de la famille pour recouvrer cette perte a principalement posé la question de savoir si le parent dissident et sa société avaient engagé leur responsabilité pour avoir commis ce que le juge de première instance a appelé le délit d’atteinte illégale aux rapports économiques.

[2] Ce délit n’est pas nouveau, loin de là, mais sa teneur demeure incertaine et doit être clarifiée. Il n’existe même pas pour le désigner d’appellation généralement acceptée. On l’a diversement dénommé « atteinte ou entrave illicite aux rapports économiques », « atteinte aux rapports commerciaux par un moyen illicite », « atteinte aux intérêts économiques par un geste illégal », « ingérence par recours à un moyen illicite » ou simplement délit consistant à « causer une perte par un moyen illicite ». J’utiliserai l’expression « causer une perte par un moyen illégal » ou je parlerai simplement du délit d’« atteinte par un moyen illégal ».

[3] Les raisonnements différents qu’ont tenus le juge de première instance et la Cour d’appel en l’espèce témoignent de l’incertitude entourant le délit d’atteinte par un moyen illégal. Le juge de première instance a conclu à la responsabilité du parent dissident et de sa société. Selon lui, ils avaient illégalement et intentionnellement porté atteinte aux rapports économiques entre les propriétaires majoritaires et les acheteurs potentiels. Leur conduite pouvait être qualifiée d’illégale parce qu’elle ne se justifiait pas sur le plan juridique. La Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a confirmé le résultat, mais pour des motifs très différents. Elle a jugé que le critère général du caractère illégal n’était pas respecté parce que les actes du parent dissident et de son entreprise ne pouvaient fonder une poursuite civile de la part des acheteurs potentiels, mais qu’on pouvait néanmoins reconnaître leur responsabilité en application d’une « exception de principe » à ce critère.

[4] Before us, the main issue concerns the scope of liability for this tort and, in particular, what the unlawfulness requirement means. If the tort does not apply to these facts, we must also decide whether liability may be imposed on the basis of the breach of fiduciary duty of the dissenting family member as a director of the majority corporations.

[5] In summary, the issues and my conclusions are these:

A. What is the scope of liability for the tort of causing loss by unlawful means?

In light of the history and rationale of the tort and taking into account where it fits in the broader scheme of modern tort liability, the tort should be kept within narrow bounds. It will be available in three-party situations in which the defendant commits an unlawful act against a third party and that act intentionally causes economic harm to the plaintiff. (Other torts remain relevant in two-party situations, such as, for example, the tort of intimidation.)

(1) What sorts of conduct are considered “unlawful” for the purposes of this tort?

Conduct is unlawful if it would be actionable by the third party or would have been actionable if the third party had suffered loss as a result of it. The alleged misconduct of the defendants in this case was not unlawful in this sense and therefore they cannot be held liable on the basis of the unlawful means tort.

(2) Is the tort available only if there is no other cause of action available to the plaintiff against the defendant in relation to the alleged misconduct?

In my view the answer to this question is no.

(3) Should the “unlawfulness” requirement be subject to principled exceptions?

The answer to this question is also no in my view.

[4] La principale question à trancher en l’espèce est celle de la portée de la responsabilité qu’emporte ce délit et, plus particulièrement, de la teneur du critère du caractère illégal. Si les faits en cause ne permettent pas de conclure au délit, nous devons en outre déterminer si le parent dissident a manqué à son obligation fiduciaire en tant qu’administrateur des sociétés majoritaires et ainsi engagé sa responsabilité.

[5] Voici, en résumé, les questions en cause et mes conclusions :

A. Quel est le champ de la responsabilité afférente à l’infliction d’une perte par un moyen illégal?

L’histoire et le fondement de ce délit ainsi que la place qu’il occupe dans la sphère globale de la responsabilité délictuelle moderne imposent de le circonscrire étroitement. On ne pourra l’invoquer qu’en des situations mettant en cause trois parties où le défendeur accomplit contre un tiers un acte illégal dans l’intention de causer un préjudice économique au demandeur. (D’autres délits s’appliquent aux situations mettant en présence deux parties, par exemple, l’intimidation.)

(1) Quels sont les types de conduite « illégale » propres à constituer le délit?

Est illégale la conduite qui donne au tiers un droit d’action ou lui en donnerait un si elle lui avait causé une perte. La conduite reprochée aux défendeurs n’était pas illégale en ce sens, et ces derniers ne peuvent donc être tenus responsables sur le fondement du délit d’atteinte par un moyen illégal.

(2) Le demandeur peut-il invoquer le délit uniquement si l’inconduite reprochée ne fonde aucune autre cause d’action contre le défendeur?

J’estime qu’il faut répondre par la négative.

(3) Le critère du caractère « illégal » admet-il des exceptions de principe?

J’estime qu’il faut répondre par la négative à cette question également.



## (4) Application to this case

The appellants cannot be found liable to the respondents on the basis of the unlawful means tort.

(5) Did the Court of Appeal err in finding that the defendants had the required knowledge for the unlawful means tort?

My answer to this question is also no.

B. If the unlawful means tort is not available, are the appellants otherwise liable?

The trial judge made strong findings that the dissenting family member breached his fiduciary obligations as a director of the family companies and the trial judge's award should be upheld on that basis.

[6] I would therefore dismiss the appeal with costs.

[7] In order to sort out the scope of liability for causing loss by unlawful means, we must delve deeply into the rationale of the tort and its place in the larger scheme of tort liability for causing economic harm. But first, I will briefly summarize the facts and judicial history giving rise to the appeal.

## II. Facts and Judicial History

### A. *Facts*

[8] Joyce Avenue Apartments Ltd. owned an apartment building in Moncton, New Brunswick. Joyce was owned by Lillian Schelew and her four sons, Jeffrey, Michael, Bernard and Alan, through corporate entities. The respondents, Bram Enterprises Ltd. and Jamb Enterprises Ltd., each owned 40 percent of Joyce. The four Schelew

## (4) Application à l'espèce

Les appelants ne peuvent être tenus responsables à l'égard des intimées sur le fondement du délit d'atteinte par un moyen illégal.

(5) La Cour d'appel a-t-elle conclu à tort que les défendeurs avaient la connaissance que requiert le délit d'atteinte par un moyen illégal?

Je réponds également à cette question par la négative.

B. Si le délit d'atteinte par un moyen illégal ne peut être invoqué, les appelants peuvent-ils être tenus responsables sur un autre fondement?

Le juge de première instance a tiré de solides conclusions selon lesquelles le parent dissident avait manqué à ses obligations fiduciaires à titre d'administrateur des sociétés familiales, et il convient de maintenir le montant des dommages-intérêts qu'il a accordés sur ce fondement.

[6] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

[7] Clarifier la portée de la responsabilité qu'emporte le fait de causer une perte par un moyen illégal suppose une analyse en profondeur du fondement de ce délit et de la place qu'il occupe dans la sphère globale de la responsabilité délictuelle en matière de préjudice financier. Je commencerai toutefois par un résumé succinct des faits et de l'historique judiciaire ayant mené au présent pourvoi.

## II. Faits et historique judiciaire

### A. *Les faits*

[8] Joyce Avenue Apartments Ltd. possède un immeuble d'habitation à Moncton au Nouveau-Brunswick. Joyce appartient à Lillian Schelew et à ses quatre fils, Jeffrey, Michael, Bernard et Alan, par sociétés interposées. Les intimées, Bram Enterprises Ltd. et Jamb Enterprises Ltd., détiennent chacune une participation de 40 p. 100

brothers owned equal numbers of common shares and were directors of both corporations while Lillian held voting preferred shares in Bram. The remaining 20 percent interest in Joyce was held by the appellant A.I. Enterprises Ltd., whose owner and sole director was the appellant Alan Schelew. A.I. (effectively Alan) managed the building for a fee.

[9] Joyce, as owner of the building, and Bram, Jamb and A.I., as the investors, entered into a syndication agreement. The agreement contained a sale mechanism which gave a majority of the investors the right to sell the building subject to a right of first refusal of any dissenting investor to purchase it at a professionally appraised value. Once the appraisal was obtained, the investors wishing to sell were deemed to have made an irrevocable offer of sale in that amount to the dissenting investor. The offer would remain open for 15 days: Syndication Agreement, s. 9.02.

[10] The trouble started in the year 2000. The respondents, Bram and Jamb (in effect all of the family members except Alan Schelew), wanted to sell the property but the appellants, A.I. and Alan Schelew, did not. The respondents gave notice to A.I. under s. 9.02 of the Syndication Agreement and the building was appraised at \$2.2 million. A.I. did not accept the deemed offer within the prescribed time and the property was listed for sale. Over the next 16 months, the respondents dealt with four potential purchasers but no sale was completed. The respondents allege that the sale was thwarted by a series of intentional actions by the appellants, which form the basis of the claim against them for causing loss by unlawful means. Ultimately, about two years after the first attempts to sell, A.I. bought the building for the appraised value of \$2.2 million.

[11] The respondents then sued the appellants. They claimed that, as a result of the appellants' wrongful conduct, the sale had been substantially

dans Joyce. Les quatre frères Schelew possèdent le même nombre d'actions ordinaires des deux sociétés et en sont les administrateurs, tandis que Lillian possède des actions privilégiées avec droit de vote dans Bram. L'appelante A.I. Enterprises Ltd., dont le propriétaire et seul administrateur est Alan Schelew, détient la participation restante dans Joyce, soit 20 p. 100. A.I. (en fait, Alan) gère l'immeuble moyennant une rémunération.

[9] Joyce, à titre de propriétaire de l'immeuble, et Bram, Jamb et A.I., à titre d'investisseurs, ont conclu une entente de syndication, laquelle prévoit un mécanisme de vente donnant à une majorité des investisseurs le droit de vendre l'immeuble sous réserve de l'exercice par tout investisseur dissident d'un droit de premier refus permettant l'achat de l'immeuble à sa valeur d'expertise. Les investisseurs souhaitant vendre sont réputés avoir fait une offre irrévocable correspondant au montant de l'évaluation à l'investisseur dissident. L'offre est valable pour 15 jours (entente de syndication, art. 9.02).

[10] Les problèmes ont commencé en 2000. Les intimées, Bram et Jamb (dans les faits, tous les membres de la famille sauf Alan Schelew), voulaient vendre l'immeuble, ce à quoi s'opposaient les appelants, A.I. et Alan Schelew. Les intimées ont donné à A.I. l'avis prévu à l'art. 9.02 de l'entente de syndication, et une expertise a établi la valeur de l'immeuble à 2,2 millions de dollars. A.I. n'a pas accepté l'offre réputée dans le délai imparti, et l'immeuble a été mis en vente. Au cours des 16 mois qui ont suivi, les intimées ont négocié avec quatre acheteurs potentiels, mais aucune vente n'a été conclue. Les intimées font valoir que les appelants ont fait obstacle à la vente par une série d'actes intentionnels sur lesquels elles fondent leur réclamation pour perte causée par un moyen illégal. Environ deux ans après les premières tentatives de vente, A.I. a finalement acheté l'immeuble à sa valeur d'expertise de 2,2 millions de dollars.

[11] Les intimées ont alors poursuivi les appelants, soutenant que la conduite fautive de ces derniers avait considérablement retardé la vente et

delayed and was for less money than they could have obtained from a third party purchaser. While the respondents' statement of claim did not spell out the legal bases for the claim, the pre- and post-trial briefs alleged that the appellants breached their obligations arising under the Syndication Agreement, that Alan Schelew had breached his fiduciary duty as a director of Bram and Jamb by putting his interests ahead of those of the companies and that the appellants had unlawfully interfered with economic relations.

*B. Judicial History and the Parties' Positions on Appeal*

- (1) Court of Queen's Bench of New Brunswick, 2010 NBQB 245, July 22, 2010 (Dionne J.)

[12] Dionne J. at trial found that the appellants' conduct amounted to interference by unlawful means and awarded damages reflecting the difference between what A.I. paid and what could have been obtained but for the appellants' obstruction.

[13] The trial judge focused on four of the appellants' acts: they misused the arbitration provisions of the Syndication Agreement as a means of stalling the sale of the Joyce property; they advanced legally groundless defences for a "Notice of its first right of refusal" which they had filed against the Joyce property; they subsequently filed an equally baseless certificate of pending litigation against the property; finally, they denied entry to the Joyce property to prospective buyers. These acts had the effect of "complicating, delaying, impeding and ultimately and for all intents and purposes completely obstructing and preventing" the respondents' efforts to sell the property to third parties: para. 282.

[14] All of this conduct was unlawful in the trial judge's view because it lacked any legal basis or justification. He found that Alan Schelew's conduct in obstructing the sale also breached his fiduciary

avait résulté en un produit inférieur à celui qu'elles auraient obtenu d'un tiers. La déclaration des intimées n'énonçait pas explicitement le fondement juridique de leur action, mais leurs mémoires préalable et postérieur au procès faisaient valoir que les appelants avaient manqué aux obligations découlant de l'entente de syndication, qu'Alan Schelew avait manqué à son obligation fiduciaire en tant qu'administrateur de Bram et de Jamb en faisant passer ses propres intérêts avant ceux des sociétés et que les appelants avaient illégalement porté atteinte à des rapports économiques.

*B. Historique judiciaire et position des parties au pourvoi*

- (1) Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, 2010 NBBR 245, 22 juillet 2010 (le juge Dionne)

[12] En première instance, le juge Dionne a conclu que la conduite des appelants constituait une atteinte par un moyen illégal et a accordé des dommages-intérêts équivalant à la différence entre le prix payé par A.I. et celui qui aurait pu être obtenu n'eût été des manœuvres obstructives des appelants.

[13] Le juge a principalement analysé quatre de ces manœuvres : les appelants avaient exploité les dispositions d'arbitrage de l'entente de syndication afin d'entraver la vente de l'immeuble, opposé des moyens de défense sans fondement juridique pour justifier l'exercice d'un « droit de premier refus » dont ils avaient grevé l'immeuble, déposé un certificat d'affaire en instance tout aussi dépourvu de fondement à l'égard de l'immeuble et refusé l'accès à l'immeuble à des acheteurs potentiels. Ces actes ont eu pour effet de [TRADUCTION] « compliquer, retarder, gêner et finalement, entraver et enrayer complètement dans les faits » les efforts des intimées en vue de vendre l'immeuble à un tiers (par. 282).

[14] Le juge de première instance a estimé que tous ces actes étaient illégaux parce qu'ils étaient dépourvus de fondement ou justification juridiques. Il a conclu qu'en faisant obstacle à la vente,

obligations as director of Bram and Jamb and that A.I. had breached its obligations towards Bram and Jamb under the Syndication Agreement.

[15] The trial judge rejected the appellants' submission that the harm to Bram and Jamb was merely an incidental effect of the pursuit of their legitimate business interests. Rather, he found that the appellants "possessed actual intent to do whatever they could to pursue the interest of A I Enterprises and that they were well aware that their actions would cause harm to Jam[b] & Bram": para. 287. He concluded that but for the actions of the appellants, the respondents would have sold the Joyce property in 2001 for \$2.58 million, an amount which was \$380,000 more than the respondents received on the sale to A.I. in 2002. Factoring in the real estate commission and pre-judgment interest, he fixed total damages at \$183,061 for each plaintiff, plus costs.

- (2) New Brunswick Court of Appeal, 2012 NBCA 33, 387 N.B.R. (2d) 215 (Robertson J.A., Bell and Green JJ.A. Concurring)

[16] At trial, neither party drew the attention of the court to the decision of the House of Lords in *OBG Ltd. v. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1, a decision which extensively examined the proper scope of the economic torts in general and of the unlawful means tort in particular. The decision was, however, placed before the Court of Appeal and, speaking through Robertson J.A., the court carefully and fully examined the law in light of it and subsequent developments. While the court took a considerably different view of the unlawful means tort than had the trial judge, it nonetheless dismissed the appeal.

[17] The Court of Appeal noted that the unlawful means tort has been "in a state of flux" (para. 18) and that two opposing views on the proper scope of the unlawful means component have stemmed from the *OBG* decision. Lord Hoffmann, who was in the

Alan Schelew avait également manqué à son obligation fiduciaire en tant qu'administrateur de Bram et de Jamb et qu'A.I. ne s'était pas acquittée des obligations que l'entente de syndication lui imposait à l'égard de Bram et de Jamb.

[15] Le juge Dionne n'a pas retenu l'argument des appelants selon lequel le préjudice subi par Bram et Jamb découlait simplement de la poursuite d'intérêts commerciaux légitimes, estimant plutôt que les appelants [TRADUCTION] « avaient effectivement l'intention de faire tout ce qu'ils pouvaient pour servir les intérêts d'A I Enterprises et qu'ils savaient très bien que cela causerait préjudice à Jam[b] et Bram » (par. 287). Il a conclu que, n'eût été la conduite des appelants, les intimées auraient vendu l'immeuble en 2001 pour 2,58 millions de dollars, soit 380 000 \$ de plus que le produit de la vente à A.I. en 2002. Compte tenu de la commission de l'agent immobilier et des intérêts avant jugement, il a accordé des dommages-intérêts de 183 061 \$ à chaque demanderesse, plus les dépens.

- (2) Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, 2012 NBBR 33, 387 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 215 (le juge Robertson, avec l'accord des juges Bell et Green)

[16] Au procès, aucune partie n'a invoqué la décision de la Chambre des lords dans *OBG Ltd. c. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1, qui présente une analyse fouillée sur la portée à donner aux délits économiques en général et à l'atteinte par un moyen illégal en particulier. Cette décision a toutefois été soulevée devant la Cour d'appel, et le juge Robertson a procédé à un examen minutieux et exhaustif du droit à la lumière de cette décision et de la jurisprudence qui a suivi. Bien que la Cour d'appel ait abordé le délit d'atteinte par un moyen illégal sous un angle passablement différent de celui du juge de première instance, elle n'en a pas moins rejeté l'appel.

[17] La Cour d'appel a indiqué que le délit d'atteinte par un moyen illégal « est fluide » (par. 18) et que *OBG* a donné naissance à deux courants de pensée opposés quant à ce qu'il faut entendre par moyen illégal. Lord Hoffmann, qui

majority on this point, adopted a narrow definition of “unlawful means” whereby only breaches of the civil law such as a tort or breach of contract would suffice. The unlawful conduct would need to be actionable by the party against which it was directed in order to give rise to liability: see *OBG*, at para. 49. Lord Nicholls of Birkenhead advocated a broader view, according to which “unlawful means” included “common law torts, statutory torts, crimes, breaches of contract, breaches of trust and equitable obligations, breaches of confidence, and so on”: *OBG*, at paras. 150 and 155.

[18] The Court of Appeal preferred Lord Hoffmann’s narrow definition. The conduct of the appellants, while lacking any legal justification, did not amount to a wrong actionable by the prospective purchasers. However, the Court of Appeal allowed for principled exceptions to mitigate the rigidity of the narrow rule. The court crafted an exception, which covered this case, in the following terms:

In my view, the intentional erection of self-help legal barriers, some of which are enforceable through statutory processes not subject to prior judicial authorization, in circumstances where those barriers rest on rights fabricated with arguments of sand, warrants redress under the tort of unlawful means (akin to the tort of abuse of legal process). [para. 9]

[19] A.I. and Alan Schelew appeal from that decision.

### (3) Parties’ Positions

[20] Before this Court, the parties take diametrically opposed views of the scope of the unlawful means tort.

[21] The appellants urge us to adopt the position taken by a majority of the House of Lords, speaking through Lord Hoffmann in *OBG*, at para. 49: “unlawful” means actionable by the third party

compte parmi les juges majoritaires sur ce point, définit étroitement cette notion, la limitant à une contravention au droit civil, comme un délit civil ou une rupture de contrat. Pour qu’il y ait responsabilité, il faut que la conduite illégale puisse donner matière à procès à la partie contre qui elle est dirigée (voir *OBG*, par. 49). Lord Nicholls of Birkenhead propose une définition plus large, selon laquelle le « moyen illégal » s’entend [TRADUCTION] « de délits civils de common law, de délits civils d’origine législative, de crimes, de ruptures de contrat, de la violation de fiducie et d’obligations en equity, de l’abus de confiance et ainsi de suite » (*OBG*, par. 150 et 155).

[18] La Cour d’appel a retenu la définition étroite proposée par lord Hoffmann. Selon elle, bien que la conduite des appelants fût dépourvue de tout fondement juridique, elle ne constituait pas une faute donnant aux acheteurs potentiels matière à procès. Toutefois, la cour a jugé que des exceptions de principe pouvaient atténuer la rigueur de cette règle d’application étroite, et elle a formulé une telle exception applicable à la situation en cause :

À mon avis, le fait qu’une personne mette en place, de façon intentionnelle et dans un but d’autoprotection, des barrières juridiques dont certaines sont exécutoires du fait de mécanismes prévus par la loi ne nécessitant aucune autorisation judiciaire préalable, dans des circonstances où ces barrières reposent sur des droits fabriqués au moyen d’arguments faits de sable, justifie des mesures réparatoires ressortissant au délit d’atteinte par un moyen illicite (semblables à celles auxquelles donne lieu le délit d’abus de procédure). [par. 9]

[19] A.I. et Alan Schelew interjettent appel de cette décision.

### (3) Position des parties

[20] Les parties défendent devant nous des conceptions diamétralement opposées du délit d’atteinte par un moyen illégal.

[21] Les appelants nous exhortent à faire nôtre l’opinion majoritaire de la Chambre des lords dans *OBG* exposée par lord Hoffmann au par. 49 selon laquelle est « illégal » l’acte qui donne au tiers

(or that the act would be actionable but for the fact that it did not cause the third party any loss). This approach may be described as the narrow view: it is premised on the tort having a limited sphere of operation so that only actionable civil wrongs against the third party provide a basis for allowing the intended victim to sue. The appellants also urge us to hold that the tort is only available to the plaintiff if the defendant's conduct causing the injury does not give rise to another cause of action by the plaintiff against the defendant.

[22] The respondents, on the other hand, urge us to adopt one of two alternative positions, both of which stake out a broader role for the tort. The primary submission is that “unlawful means” is defined by a “broad bright-line rule” that an act is unlawful if there exists a legal proceeding through which its legitimacy can be successfully challenged. Alternatively, the respondents submit that we should adopt Lord Hoffmann's narrow formulation but hold, as did the Court of Appeal, that it is subject to principled exceptions.

### III. Analysis

#### A. *What Is the Scope of Liability for the Tort of Causing Loss by Unlawful Means?*

##### (1) What Sorts of Conduct Are Considered “Unlawful” for the Purposes of This Tort?

[23] The unlawful means tort creates a type of “parasitic” liability in a three-party situation: it allows a plaintiff to sue a defendant for economic loss resulting from the defendant's unlawful act against a third party. Liability to the plaintiff is based on (or parasitic upon) the defendant's unlawful act against the third party. While the elements of the tort have been described in a number of ways, its core captures the intentional infliction of economic injury on C (the plaintiff) by A (the defendant)'s use of unlawful means against B (the third party): see H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts*

matière à procès (ou qui lui aurait donné matière à procès, n'eût été l'absence de perte). On peut considérer cette conception comme étroite : elle part de la prémisse que le délit a un champ d'application restreint, de sorte que seule une faute civile contre le tiers ouvrant droit à une action permet à la victime véritablement visée de poursuivre. Les appellants nous invitent également à conclure que ce délit ne peut être invoqué par le demandeur que si la conduite préjudiciable du défendeur n'est source pour le demandeur d'aucune autre cause d'action contre lui.

[22] Pour leur part, les intimées veulent nous voir adopter l'une ou l'autre de deux positions accordant au délit une plus grande portée. Elles soutiennent principalement que le caractère « illégal » d'un moyen est déterminé par l'application de la [TRADUCTION] « règle générale traçant une ligne de démarcation très nette » selon laquelle un acte est illégal s'il existe une voie de droit permettant d'en contester la légitimité. À titre subsidiaire, elles nous invitent à adopter l'énoncé restrictif formulé par lord Hoffmann, mais à préciser, à l'instar de la Cour d'appel, que des exceptions de principe peuvent s'appliquer.

### III. Analyse

#### A. *Quel est le champ de la responsabilité afférente à l'infliction d'une perte par un moyen illégal?*

##### (1) Quels sont les types de conduite « illégale » propres à constituer le délit?

[23] Le délit d'atteinte par un moyen illégal emporte une responsabilité que l'on pourrait qualifier de « parasitique » dans une situation mettant en cause trois parties : il permet au demandeur de poursuivre le défendeur pour la perte économique que lui a causé la conduite illégale de ce dernier envers un tiers. La responsabilité envers le demandeur découle de l'acte illégal du défendeur contre le tiers (ou en dépend, à la manière d'un parasite). Bien que ses éléments constitutifs aient été décrits de maintes façons, ce délit réside essentiellement dans l'infliction intentionnelle par A

(2001), at p. 103; J. W. Neyers, “Rights-based justifications for the tort of unlawful interference with economic relations” (2008), 28 *L.S.* 215; G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (3rd ed. 2010), at pp. 773-75; P. H. Osborne, *The Law of Torts* (4th ed. 2011), at pp. 336-38; P. T. Burns and J. Blom, *Economic Interests in Canadian Tort Law* (2009), at p. 186. There is no dispute here that this is an intentional tort; the focus of the dispute in this case is on the unlawful means element.

[24] An old case will serve as an example. The defendant, the master of a trading ship, fired its cannons at a canoe that was attempting to trade with its competitor, the plaintiffs’ trading ship, in order to prevent it from doing so. The defendant was held liable, Lord Kenyon being of the opinion that these facts supported an action: *Tarleton v. M’Gawley* (1793), Peake 270, 170 E.R. 153. The plaintiffs were able to recover damages for the economic injury resulting from the defendant’s wrongful conduct toward third parties (the occupants of the canoe) which had been committed with the intention of inflicting economic injury on the plaintiffs.

[25] The question of what sort of conduct constitutes the necessary unlawful means is important. It has been described as the most important question concerning this tort: *OBG*, at para. 45, *per* Lord Hoffmann; H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed. 2010), at p. 84. Giving the concept of “unlawful means” a “sound, economically relevant and judicially supported interpretation” is “[t]he key to keeping the economic torts in harmony with contemporary legal values”: *No. 1 Collision Repair & Painting (1982) Ltd. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2000 BCCA 463, 80 B.C.L.R. (3d) 62, at para. 19, *per* Lambert J.A., dissenting, leave to appeal refused, [2001] 1 S.C.R. xv.

[26] The scope of the unlawful means tort depends on the answers to three questions. First,

(le défendeur) d’un préjudice économique à C (le demandeur) par des moyens illégaux contre B (le tiers) (voir H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2001), p. 103; J. W. Neyers, « Rights-based justifications for the tort of unlawful interference with economic relations » (2008), 28 *L.S.* 215; G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 2010), p. 773-775; P. H. Osborne, *The Law of Torts* (4<sup>e</sup> éd. 2011), p. 336-338; P. T. Burns et J. Blom, *Economic Interests in Canadian Tort Law* (2009), p. 186). Aucune partie ne conteste en l’espèce qu’il s’agit d’un délit d’intention. Le litige porte sur un élément constitutif, soit le moyen illégal.

[24] Prenons à titre d’exemple une affaire ancienne. Le défendeur, capitaine d’un navire de commerce, fait tirer du canon sur un canot pour empêcher les passagers de ce dernier de commercer avec le navire des demandeurs, son concurrent. Lord Kenyon a reconnu la responsabilité du défendeur, jugeant que les faits donnaient ouverture à action (*Tarleton c. M’Gawley* (1793), Peake 270, 170 E.R. 153). Les demandeurs ont pu être indemnisés du préjudice économique que leur avait causé la conduite fautive du défendeur envers les tiers (les passagers du canot), qui était motivée par l’intention d’infliger un préjudice économique aux demandeurs.

[25] La question de savoir quel type de conduite constitue un moyen illégal est une question importante, voire la plus importante en ce qui concerne ce délit (*OBG*, par. 45, le lord Hoffmann; H. Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2<sup>e</sup> éd. 2010), p. 84). Donner à la notion de « moyen illégal » [TRADUCTION] « une interprétation étayée par la jurisprudence, qui soit juste et pertinente sur le plan économique » est « essentiel pour que les délits économiques demeurent conformes aux valeurs juridiques contemporaines » (*No. 1 Collision Repair & Painting (1982) Ltd. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2000 BCCA 463, 80 B.C.L.R. (3d) 62, par. 19, le juge Lambert, dissident; autorisation d’appel refusée, [2001] 1 R.C.S. xv).

[26] La portée du délit d’atteinte par un moyen illégal est fonction des réponses à trois questions.

does the unlawful conduct have to be actionable by the person at whom it is immediately directed? In my view, the conduct must be an actionable civil wrong or conduct that would be actionable if it had caused loss to the person at whom it was directed. Second, is there a requirement that the unlawful means not be otherwise actionable by the plaintiff? I propose to answer this question “no”. Third, should the definition of “unlawful means” be subject to principled exceptions? I would also answer this question in the negative. While the approach outlined by these answers leaves only a narrow scope for liability, my view is that it is most consistent with the history and rationale of the tort as well as with its place in the modern scheme of liability for causing economic harm.

[27] I will turn first to my understanding of these broader concerns and a review of the relevant law before returning to the reasons for my conclusions.

(a) *The Economic Torts and the Common Law*

[28] I will not dwell on the unfortunate state of the common law in relation to the unlawful means tort. As I noted earlier, there is not even consensus about what it ought to be called. One leading scholar simply observed that “[t]he economic torts [of which the unlawful means tort is one] are in a mess”: H. Carty, “Intentional Violation of Economic Interests: The Limits of Common Law Liability” (1988), 104 *Law Q. Rev.* 250, at p. 278. Careful review of the development of the unlawful means tort reveals confusion, overlap and inconsistency: see, e.g., Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed.), at pp. 73-78; P. Burns, “Tort Injury to Economic Interests: Some Facets of Legal Response” (1980), 58 *Can. Bar Rev.* 103, at pp. 145-48; T. Weir, *Economic Torts* (1997), at pp. 36-43; L. L. Stevens, “Interference With Economic Relations — Some Aspects of the Turmoil in the Intentional Torts” (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 595, at pp. 617-19. At its core, however, the tort has two key ingredients: intention and unlawfulness. The gist of the tort is the intentional infliction of economic harm by unlawful means.

Premièrement, faut-il que la conduite illégale donne matière à procès à la personne contre qui elle était dirigée? À mon avis, il faut une faute civile ou une conduite qui ouvrirait droit à une action si elle avait causé une perte à la personne contre qui elle est dirigée. Deuxièmement, une règle exige-t-elle que le demandeur ne dispose d’aucune autre cause d’action? Cette question appelle selon moi une réponse négative. Troisièmement, des exceptions de principe s’appliquent-elles à la définition de « moyen illégal »? Je répondrais pareillement par la négative. Bien que de ces réponses se dégage un champ de responsabilité étroit, j’estime que ce résultat respecte tout à fait l’histoire et le fondement du délit ainsi que la place qu’il occupe au sein du régime moderne de responsabilité découlant d’un préjudice économique.

[27] Avant de revenir aux motifs fondant mes conclusions, j’expose d’abord ma conception de considérations générales et j’examine le droit applicable.

a) *Les délits économiques et la common law*

[28] Je ne m’attarde pas sur le triste état de la common law en ce qui concerne le délit d’atteinte par un moyen illégal. Comme je le mentionne précédemment, on ne s’entend même pas sur le nom à lui donner. Un éminent spécialiste fait simplement observer que [TRADUCTION] « [l]es délits économiques [dont l’atteinte par un moyen illégal fait partie] sont un fouillis » (H. Carty, « Intentional Violation of Economic Interests : The Limits of Common Law Liability » (1988), 104 *Law Q. Rev.* 250, p. 278). Un examen attentif de l’évolution du délit qui nous occupe en l’espèce révèle confusion, chevauchements et incohérences (voir, p. ex., Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2<sup>e</sup> éd.), p. 73-78; P. Burns, « Tort Injury to Economic Interests : Some Facets of Legal Response » (1980), 58 *R. du B. can.* 103, p. 145-148; T. Weir, *Economic Torts* (1997), p. 36-43; L. L. Stevens, « Interference With Economic Relations — Some Aspects of the Turmoil in the Intentional Torts » (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 595, p. 617-619). Essentiellement, toutefois, le délit compte deux composantes : l’intention et le caractère illégal. Il s’agit en gros de l’infliction intentionnelle d’un préjudice économique par un moyen illégal.



[29] The scope of the unlawful means tort should be understood in the context of the broad outlines of tort law’s approach to regulating economic and competitive activity. Several aspects of that approach support adopting a narrow scope for the unlawful means tort: the common law accords less protection to purely economic interests; it is reluctant to develop rules to enforce fair competition; it is concerned not to undermine certainty in commercial affairs; and the history of the common law shows that tort liability, if unduly expanded, may undermine fundamental rights.

[30] Potential liability for the unlawful means tort often arises when there are contingent economic interests at stake, such as legitimate business expectations. Such interests, however, are at the margins of the traditional concerns of tort law. The first point, therefore, is that tort law has traditionally accorded less protection to purely economic interests than to physical integrity and property rights. As this Court stated in *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156, “[t]he law has never recognized a sweeping right to protection from economic harm”: para. 72. The unlawful means tort should not be viewed as providing that sort of “sweeping protection”: see, e.g., S. Deakin, A. Johnston and B. Markesinis, *Markesinis and Deakin’s Tort Law* (7th ed. 2013), at p. 471; H. Carty, “The Economic Torts and English Law: An Uncertain Future” (2006-2007), 95 *Ky. L.J.* 845, at p. 845; A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (9th ed. 2011), at pp. 447-50; W. V. H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort* (18th ed. 2010), at pp. 859-60.

[31] Second, the common law has traditionally been reluctant to develop rules about fair competition: *OBG*, at para. 56, *per* Lord Hoffmann. The common law in general, and tort law in particular, have been astute to assure “some elbow-room [many would say much elbow-room] for the aggressive pursuit of self-interest”: C. Sappideen

[29] Il faut examiner la portée du délit d’atteinte par un moyen illégal à la lumière de la philosophie générale du droit de la responsabilité délictuelle quant à la régulation de l’activité économique et concurrentielle. Plusieurs aspects de cette philosophie justifient une définition étroite de ce délit : la common law ne protège pas autant les intérêts purement économiques que d’autres types d’intérêts, elle hésite à établir des règles pour forcer la concurrence loyale, elle veille à ne pas compromettre la certitude en matière commerciale et son histoire démontre que l’expansion indue de la responsabilité délictuelle peut fragiliser des droits fondamentaux.

[30] La possibilité qu’il y ait responsabilité en cas d’atteinte par un moyen illégal intervient souvent lorsque sont en jeu des intérêts économiques potentiels, telles des attentes commerciales légitimes. Ces intérêts, toutefois, se situent à la marge des préoccupations classiques du droit de la responsabilité délictuelle. Premièrement, le droit de la responsabilité délictuelle a traditionnellement accordé aux intérêts purement économiques une protection moindre qu’à l’intégrité physique et aux droits de propriété. Comme notre Cour l’indique dans *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156, « la common law n’a jamais reconnu l’existence d’un droit général à la protection contre le préjudice économique » (par. 72). On ne saurait donc penser que le délit d’atteinte par un moyen illégal confère ce genre de « protection générale » (voir, p. ex., S. Deakin, A. Johnston et B. Markesinis, *Markesinis and Deakin’s Tort Law* (7<sup>e</sup> éd. 2013), p. 471; H. Carty, « The Economic Torts and English Law : An Uncertain Future » (2006-2007), 95 *Ky. L.J.* 845, p. 845; A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (9<sup>e</sup> éd. 2011), p. 447-450; W. V. H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort* (18<sup>e</sup> éd. 2010), p. 859-860).

[31] Deuxièmement, on a traditionnellement hésité en common law à formuler des règles en matière de concurrence loyale (*OBG*, par. 56, le lord Hoffmann). La common law en général et le droit de la responsabilité délictuelle en particulier ont astucieusement ménagé [TRADUCTION] « une certaine [d’aucuns diraient une considérable]

and P. Vines, eds., *Fleming's The Law of Torts* (10th ed. 2011), at para. 30.120. As Bowen L.J. put it in *Mogul Steamship Company v. McGregor, Gow, & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598 (C.A.), at p. 614, aff'd [1892] A.C. 25 (H.L.), there can be no liability for a person who has "done nothing more against the plaintiffs than pursue to the bitter end a war of competition waged in the interest of their own trade". The same sentiment comes through in Lord Davey's speech in *Allen v. Flood*, [1898] A.C. 1, at p. 173: "The right which a man has to pursue his trade or calling is qualified by the equal right of others to do the same and compete with him, though to his damage." More recently, Lord Nicholls acknowledged the common law's respect for competition in *OBG* where he wrote:

Competition between businesses regularly involves each business taking steps to promote itself at the expense of the other. . . . Far from prohibiting such conduct, the common law seeks to encourage and protect it. The common law recognises the economic advantages of competition. [para. 142]

[32] This reluctance is directly relevant in this case. The trial judge found that the appellants intended to do "whatever they could to pursue the interest of A I Enterprises and . . . were well aware that their actions would cause harm to Jam[b] & Bram": trial reasons, at para. 287. Although he went on to find that the harm caused was not incidental to the pursuit by the defendants of their legitimate self-interest, this same conclusion could apply to a great deal of legitimate competitive activity in the marketplace. That, it seems to me, suggests the need for a limited role for the unlawful means tort.

[33] A third point also favours a limited role for this tort. The common law in the Anglo-Canadian tradition has generally promoted legal certainty for commercial affairs. That certainty is easily put in jeopardy by adopting vague legal standards

liberté d'action en vue de la poursuite énergique d'intérêts personnels » (C. Sappideen et P. Vines, dir., *Fleming's The Law of Torts* (10<sup>e</sup> éd. 2011), par. 30.120). Le lord juge Bowen a ainsi considéré, dans *Mogul Steamship Company c. McGregor, Gow, & Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598 (C.A.), p. 614, conf. par [1892] A.C. 25 (H.L.), qu'une personne qui [TRADUCTION] « n'a fait que poursuivre jusqu'au bout l'âpre guerre concurrentielle menée contre les demanderesse dans son propre intérêt commercial » n'engage pas sa responsabilité. Cette opinion se dégage également des propos tenus par lord Davey dans *Allen c. Flood*, [1898] A.C. 1, p. 173 : [TRADUCTION] « Le droit qu'a une personne de poursuivre une activité commerciale ou professionnelle est limité par le droit d'autrui d'en faire autant et de la concurrencer, au risque de lui nuire ». Plus récemment, lord Nicholls reconnaît le respect que porte la common law à la concurrence lorsqu'il écrit, au par. 142 de l'arrêt *OBG* :

[TRADUCTION] Des entreprises en concurrence vont régulièrement faire en sorte de se faire valoir au détriment de leurs concurrentes. [. . .] Loin d'interdire ce comportement, la common law cherche à l'encourager et à le protéger. La common law reconnaît les bienfaits économiques de la concurrence.

[32] Cette hésitation est directement en jeu en l'espèce. Selon le juge de première instance, les appelants avaient l'intention de faire [TRADUCTION] « tout ce qu'ils pouvaient pour servir les intérêts d'A I Enterprises et [. . .] savaient bien que leur conduite causerait préjudice à Jam[b] et Bram » (motifs de première instance, par. 287). Même s'il a fini par conclure que le préjudice causé ne découlait pas simplement de la poursuite, par les défendeurs, de leur propre intérêt légitime, pareille conclusion pourrait s'appliquer à plus d'une activité concurrentielle commerciale légitime, ce qui à mon avis semble révéler la nécessité d'accorder un rôle limité au délit d'atteinte par un moyen illégal.

[33] Une troisième considération milite également en faveur d'un rôle limité pour ce délit. La common law anglo-canadienne a généralement cherché à favoriser la certitude juridique en matière commerciale. Or, en adoptant des normes

based on “commercial morality” or by imposing liability for malicious conduct alone: see Deakin, Johnston and Markesinis, at pp. 472-73. The majority in *Allen*, for example, rejected the view that “malice” was a sufficient basis for liability on the basis that it was too vague a notion to be applied by the courts: pp. 118-19, *per* Lord Herschell, and pp. 152-53, *per* Lord Macnaghten; see also Deakin, Johnston and Markesinis, at p. 472; *OBG*, at para. 14, *per* Lord Hoffmann. Regulating commercial activity should not, it has been said, depend on the “idiosyncrasies of individual judges”: *Mogul Steamship* (H.L.), at p. 51, *per* Lord Morris.

[34] A final consideration supports a limited scope for this tort: the risk inherent in the economic torts generally that they will undermine legislated schemes favouring collective action in, for example, labour relations and interfere with fundamental rights of association and expression. At one time, the common law of tort was ready — and many would say overready — to intervene to prevent economic coercion in the context of industrial disputes. The common law’s approach in this area led to legislative intervention to grant greater freedom to labour unions by enacting immunities to specific economic torts, in legislation modelled on the U.K. *Trade Disputes Act, 1906*, 6 Edw. 7, c. 47, and successor legislation: Deakin, Johnston and Markesinis, at p. 474; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at para. 11.340. Writing about the experience in England, Deakin, Johnston and Markesinis observe that despite the intention underlying the creation of these immunities, the courts at times expanded economic tort liability which had the effect of “‘outflanking’ the immunities provided by statute . . . . At times it has seemed that the courts . . . were engaged in a battle of wits with the parliamentary draftsman, to see which side could develop the optimal formula for widening or for narrowing liability respectively”: p. 474. This history draws attention to the risk that expanded liability for the economic torts may be used to undermine legislative choices

juridiques imprécises fondées sur « l’éthique commerciale » ou en concluant à la responsabilité sur le seul fondement de la conduite malveillante, on compromettrait facilement cette certitude (voir Deakin, Johnston et Markesinis, p. 472-473). Dans *Allen*, par exemple, les juges majoritaires ont rejeté l’opinion selon laquelle la [TRADUCTION] « malveillance » suffisait pour qu’il y ait responsabilité, jugeant que l’imprécision de cette notion s’opposait à son application judiciaire (p. 118-119, le lord Herschell et p. 152-153, le lord Macnaghten; voir aussi Deakin, Johnston et Markesinis, p. 472; *OBG*, par. 14, le lord Hoffmann). La régulation de l’activité commerciale ne devrait pas dépendre, a-t-on dit, des [TRADUCTION] « dispositions personnelles des juges » (*Mogul Steamship* (H.L.), p. 51, le lord Morris).

[34] Une dernière considération milite en faveur d’une définition étroite de ce délit : le risque inhérent aux délits économiques en général que leur existence mine les initiatives législatives favorisant l’action collective, par exemple dans les relations syndicales, et porte atteinte à la liberté fondamentale d’expression et d’association. En matière de responsabilité délictuelle, la common law a déjà été encline — et beaucoup diraient excessivement encline — à intervenir pour empêcher la coercition économique en contexte de conflits de travail. La position de la common law en la matière a amené le législateur à intervenir pour accorder une liberté accrue aux syndicats, en adoptant des lois inspirées de la *Trade Disputes Act, 1906*, 6 Edw. 7, ch. 47, du Royaume-Uni et de lois subséquentes prévoyant des immunités à l’égard de certains délits économiques (Deakin, Johnston et Markesinis, p. 474; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), par. 11.340). À propos de l’expérience anglaise, Deakin, Johnston et Markesinis font observer qu’en dépit de l’intention ayant motivé la création de ces immunités, les tribunaux ont parfois interprété largement les délits économiques, ce qui a eu pour effet d’[TRADUCTION] « “annuler” les immunités légales [. . .] À certains moments, il semblait que les tribunaux [. . .] jouaient au plus fin avec le législateur pour voir qui des deux trouverait la formule optimale pour élargir ou limiter la responsabilité, selon leur point de vue respectif »

and perhaps even constitutionally protected rights of expression and association: see, e.g., P. Elias and K. Ewing, “Economic Torts and Labour Law: Old Principles and New Liabilities” (1982), 41 *Cambridge L.J.* 321; B. Adell, “Secondary Picketing after *Pepsi-Cola*: What’s Clear, and What Isn’t?” (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 135. A narrow and clear definition of the scope of liability reduces this risk.

[35] All of these factors, in my view, point to the wisdom of viewing the unlawful means tort as one of narrow scope.

(b) *Rationale of the Unlawful Means Tort*

[36] As Hazel Carty wisely said, “the scope of this tort can only be established by clarifying its rationale so that there is a principled definition of unlawful means”: *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed.), at p. 102. Unfortunately, there is no consensus about what that rationale is or should be. Scholars have remarked that there is no single unifying principle underlying the economic torts generally and that the unlawful means tort in particular is “radically under-theorized”: see, e.g., Deakin, Johnston and Markesinis, at p. 473; Neyers, at p. 233; B. Kain and A. Alexander, “The ‘Unlawful Means’ Element of the Economic Torts: Does a Coherent Approach Lie Beyond Reach?”, in T. L. Archibald and R. S. Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2010* (2010), 33, at p. 162. Identifying the tort’s rationale is therefore far from a straightforward task. But, although there may be no clear rationale as a matter of historical fact, we can consider what rationale best reflects the modern role that the tort should play in the broader scheme of civil liability.

[37] There are several possible rationales for the tort but they are mostly variations on two themes: see, e.g., Neyers, at pp. 220-33, and Kain and Alexander, at pp. 162-74. The first — what I will

(p. 474). Ainsi, l’histoire nous rappelle le risque qu’une interprétation large des délits économiques serve à miner les choix du législateur, voire la liberté d’expression et d’association garantie par la Constitution (voir, p. ex., P. Elias et K. Ewing, « Economic Torts and Labour Law : Old Principles and New Liabilities » (1982), 41 *Cambridge L.J.* 321; B. Adell, « Secondary Picketing after *Pepsi-Cola* : What’s Clear, and What Isn’t? » (2003), 10 *C.L.E.L.J.* 135). Une définition étroite et claire de la portée de la responsabilité permet de réduire ce risque.

[35] Tous ces facteurs suggèrent, à mon avis, qu’il est sage de considérer l’atteinte par un moyen illégal comme étant un délit de portée étroite.

b) *Fondement de l’atteinte par un moyen illégal*

[36] Comme Hazel Carty l’indique judicieusement, [TRADUCTION] « pour circonscrire la portée de ce délit, il faut en préciser le fondement, de sorte que ce qu’il faut entendre par moyen illégal soit défini suivant des principes » (*An Analysis of the Economic Torts* (2<sup>e</sup> éd.), p. 102). Malheureusement, ce fondement ne fait pas l’unanimité. Les auteurs signalent qu’aucun principe unificateur ne soutient les délits économiques de façon générale et que l’atteinte par un moyen illégal, en particulier, souffre d’une [TRADUCTION] « grave pauvreté théorique » (voir, p. ex., Deakin, Johnston et Markesinis, p. 473; Neyers, p. 233; B. Kain et A. Alexander, « The “Unlawful Means” Element of the Economic Torts : Does a Coherent Approach Lie Beyond Reach? », dans T. L. Archibald et R. S. Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation, 2010* (2010), 33, p. 162). Circonscrire le fondement de ce délit est donc loin d’être une tâche aisée. Or, si les faits historiques ne nous éclairent pas à ce sujet, nous pouvons nous demander lequel rend le mieux compte du rôle moderne qu’il faudrait attribuer à ce délit dans la sphère globale de la responsabilité civile.

[37] Plusieurs possibilités ont été avancées, qui se réduisent en gros à des variations sur deux thèmes (voir, p. ex., Neyers, p. 220-233, et Kain et Alexander, p. 162-174). Suivant le premier,

call the “intentional harm” rationale — focuses on the fact that harm has been intentionally inflicted. This rationale supports the creation of new tort liabilities in order to reach clearly excessive and unacceptable intentional conduct: see, e.g., Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed.), at p. 104. The second, and in my view the preferred rationale, focuses on extending an existing right to sue from the immediate victim of the unlawful act to another party whom the defendant intended to target with the unlawful conduct. I will call this the “liability stretching” rationale. The focus of the tort on this understanding is not on enlarging the basis of civil liability, but on allowing those intentionally targeted by already actionable wrongs to sue for the resulting harm. On either rationale, the tort is, at its core, a tort of intention. The main difference is that on the “intentional harm” rationale, the intention requirement is seen as the main limitation on the potential scope of liability, whereas in the “liability stretching” rationale, the potential scope of liability is limited by both the intention requirement and the more restrictive definition of the conduct which will support liability.

[38] I will explain why I would not accept the first rationale and then turn to my reasons for preferring the second.

[39] There are two versions of the “intentional harm” rationale, one bolder and the other more modest. The bolder version sees the unlawful means tort as part of a broader pattern of liability for all intentionally inflicted harm: see, e.g., *OBG*, at para. 153, *per* Lord Nicholls; P. Sales and D. Stultz, “Intentional Infliction of Harm by Unlawful Means” (1999), 115 *Law Q. Rev.* 411. By contrast, the modest version envisions a more limited role for the tort: it is not meant to sanction all intentional infliction of economic harm but only conduct

que j’appelle fondement intéressant le « préjudice intentionnel », l’élément important est le caractère intentionnel du préjudice. Ce fondement favorise la création de nouvelles causes de responsabilité délictuelle visant à réprimer des comportements intentionnels manifestement abusifs et inacceptables (voir, p. ex., Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2<sup>e</sup> éd.), p. 104). Suivant le second — et celui qu’il faut privilégier à mon avis — le droit d’action que peut exercer la victime directe de la conduite illégale du défendeur est également reconnu à une autre personne que le défendeur entendait viser par cette conduite. Je le nomme fondement intéressant l’« extension du champ de la responsabilité ». Suivant cette conception du délit, l’important consiste non pas à élargir le fondement de la responsabilité civile, mais à permettre à ceux qui sont intentionnellement visés par des actes fautifs donnant à autrui matière à procès d’exercer eux aussi un droit d’action pour le préjudice qui leur a été causé. Peu importe le fondement que l’on retient, ce délit est essentiellement un délit d’intention. La principale différence entre les deux fondements tient à ce que, suivant le fondement intéressant le « préjudice intentionnel », la condition relative à l’intention joue pour limiter le champ potentiel de la responsabilité, tandis que, suivant le fondement intéressant l’« extension du champ de la responsabilité », tant la condition relative à l’intention que celle relative au comportement, défini de manière restrictive, jouent pour limiter le champ potentiel de la responsabilité.

[38] Avant d’exposer ce qui me fait privilégier le second, j’explique pourquoi je rejette le premier.

[39] Le fondement intéressant le « préjudice intentionnel » se décline en deux versions, l’une, audacieuse, et l’autre, plus modeste. Selon la première, l’atteinte par un moyen illégal s’inscrit dans une catégorie générale de responsabilité afférente à toute infraction intentionnelle d’un préjudice (voir, p. ex., *OBG*, par. 153, le lord Nicholls; P. Sales et D. Stultz, « Intentional Infliction of Harm by Unlawful Means » (1999), 115 *Law Q. Rev.* 411). Selon la seconde, plus modeste, ce délit joue un rôle plus limité : il ne s’agit pas de sanctionner toute

that is a flagrant abuse of the competitive process. On this view, the tort seeks to maintain the integrity of the competitive process by curbing conduct that deserves to be called “cheating”: Kain and Alexander, at p. 171; S. Deakin and J. Randall, “Rethinking the Economic Torts” (2009), 72 *Mod. L. Rev.* 519, at p. 520.

[40] The intentional harm rationale supports a broader understanding of the unlawful means requirement. Under this rationale, the tortfeasor’s conduct must rise to a level of wrongfulness that amounts to cheating or upsetting the fundamental rules of market competition. Such conduct clearly encompasses torts and crimes but not conduct that is simply *ultra vires* or morally objectionable. So, for example, Kain and Alexander, who would adopt a version of the fair competition rationale, propose that “unlawful means” should extend to all conduct (both acts and omissions) that is forbidden by law whatever its source, regardless of whether it is actionable: p. 178. The unlawfulness requirement exists mainly to provide some broad outer limit for the judicial discretion to impose liability: see Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed.), at p. 104.

[41] This understanding of the tort is attractive because it provides a principled explanation for why liability should be imposed and one that accords with widely held views of commercial morality. While no person has a common law right to trade *per se*, a person does have a general freedom to participate in the commercial and labour market and a legitimate expectation that the basic rules of the game will be respected. To the extent that the defendant intentionally inflicts economic loss on the plaintiff through unlawful means which are clearly off-side those basic rules, the defendant gains an illegitimate advantage and causes the plaintiff to suffer an unfair disadvantage.

[42] However, for several reasons, I do not accept either the more modest or the bolder version of the

infliction intentionnelle de préjudice économique, mais uniquement la conduite constituant une entorse flagrante au principe de la concurrence. Dans cette optique, le délit vise à préserver l’intégrité de la concurrence en réprimant les comportements que l’on peut qualifier à bon droit de [TRADUCTION] « tricherie » (Kain et Alexander, p. 171; S. Deakin et J. Randall, « Rethinking the Economic Torts » (2009), 72 *Mod. L. Rev.* 519, p. 520).

[40] Le fondement intéressant le préjudice intentionnel favorise une interprétation large du critère du moyen illégal. Ainsi, suivant pareil fondement, pour être illégale, la conduite fautive de l’auteur du délit doit constituer de la tricherie ou perturber les règles fondamentales de la concurrence. Une telle conduite englobe indéniablement les délits et les crimes, mais non les simples comportements hors compétence ou moralement répréhensibles. Ainsi, Kain et Alexander, tenants d’une version axée sur la concurrence loyale, proposent que le « moyen illégal » comprenne toute conduite (action ou omission), donnant ouverture ou non à action, qui est visée par une interdiction juridique, quelle qu’en soit la source (p. 178). Le critère du caractère illégal sert principalement à circonscrire largement l’exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire qui permet d’imposer la responsabilité (voir Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2<sup>e</sup> éd.), p. 104).

[41] Cette conception du délit est attrayante parce qu’elle fournit une explication raisonnée des motifs justifiant la responsabilité et concorde avec une perception généralement admise de l’éthique commerciale. Bien que la common law ne reconnaisse pas de droit individuel de commercer comme tel, chacun jouit de la liberté générale de participer au marché du commerce et du travail et peut légitimement s’attendre à ce que les règles fondamentales les régissant soient respectées. Le défendeur qui cause intentionnellement une perte financière au demandeur en recourant à un moyen illégal qui s’écarte clairement de ces règles fondamentales obtient un avantage illégitime et fait subir un désavantage injuste au demandeur.

[42] Toutefois, pour diverses raisons, je ne puis accepter ni la version audacieuse ni la version plus

intentional harm rationale. Accepting either version would lead to an unwieldy concept of “unlawful means” and thus to undue uncertainty in commercial affairs. Furthermore, the modest version of this rationale fails to account for a central feature of the unlawful means tort, namely that it is a tort of intention. If the primary purpose of the tort were to uphold the institution of market competition, it would be irrelevant whether the interference was intentional or negligent: see Neyers, at pp. 229-30. The more ambitious rationale for the tort is inconsistent with two broad policies of the common law. As I outlined earlier, the common law generally prefers a limited role for the economic torts in the modern marketplace. The more ambitious rationale is also inconsistent with the unfailing refusal over many years of the courts in England and in common law Canada to adopt a *prima facie* tort which makes actionable intentional and unjustifiable interference with economic interests even in the absence of unlawful means: see, e.g., *Allen*, at p. 121, *per* Lord Herschell; *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452, at p. 469; *OBG*, at para. 145, *per* Lord Nicholls.

[43] This brings me to the rationale I prefer. The liability stretching rationale sees the tort as extending civil liability without creating new actionable wrongs. It thereby closes a perceived liability gap where the wrongdoer’s acts in relation to a third party, which are in breach of established legal obligations to that third party, intentionally target the injured plaintiff: *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495, at pp. 534-35, *per* Lord Lindley; J. Eekelaar, “The Conspiracy Tangle” (1990), 106 *Law Q. Rev.* 223, at pp. 225-26; Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed.), at pp. 103-4. The liability stretching rationale underlies Lord Hoffmann’s speech on behalf of the majority in *OBG*: see paras. 46-48. It also commands considerable (although far from unanimous) support among commentators: see, e.g., R. Podolny, “The Tort of Intentional Interference with Economic Relations: Is Clarity Out of Reach?” (2012), 52 *Can. Bus. L.J.* 63, at pp. 77-78; H. Carty, “The

modeste du fondement intéressant le préjudice intentionnel avancé à l’égard de ce délit. L’une et l’autre version mènent à une notion alambiquée de ce qui constitue un « moyen illégal » propre à susciter une incertitude indue en matière commerciale. En outre, la version plus modeste fait abstraction d’un élément primordial du délit d’atteinte par un moyen illégal, à savoir qu’il s’agit d’un délit d’intention. Si le délit avait pour objet premier de préserver l’institution qu’est la concurrence commerciale, il importerait peu que l’atteinte soit intentionnelle ou non ou qu’elle procède de la négligence (voir Neyers, p. 229-230). La version audacieuse, quant à elle, est incompatible avec deux grands principes de common law. Je le répète, la common law tend à limiter le rôle des délits économiques dans le marché moderne. La version audacieuse ne cadre pas non plus avec le fait que les tribunaux anglais et les tribunaux canadiens statuant en common law ont toujours refusé de reconnaître l’existence d’un délit d’atteinte intentionnelle et injustifiable à des intérêts économiques qui donnerait un droit d’action même en l’absence de moyen illégal (voir, p. ex., *Allen*, p. 121, le lord Herschell; *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltée*, [1983] 1 R.C.S. 452, p. 469; *OBG*, par. 145, le lord Nicholls).

[43] Cela m’amène au fondement du délit que je préfère. Suivant le fondement intéressant l’extension du champ de la responsabilité, le champ de la responsabilité civile est étendu sans que de nouvelles fautes ouvrant droit à action soient créées. Il permet ainsi de combler ce qui est perçu comme une lacune en matière de responsabilité, dans les cas où l’auteur d’un acte fautif commis à l’endroit d’un tiers en contravention aux obligations juridiques établies qu’il a à l’égard de ce dernier vise intentionnellement le demandeur lésé (*Quinn c. Leathem*, [1901] A.C. 495, p. 534-535, le lord Lindley; J. Eekelaar, « The Conspiracy Tangle » (1990), 106 *Law Q. Rev.* 223, p. 225-226; Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2<sup>e</sup> éd.), p. 103-104). Le fondement intéressant l’extension du champ de la responsabilité sous-tend le raisonnement exposé au nom des juges majoritaires par lord Hoffmann dans *OBG* (voir par. 46-48). Il recueille en outre un appui considérable (quoique loin d’être unanime)

Economic Torts in the 21st Century” (2008), 124 *Law Q. Rev.* 641, at p. 672; Neyers, at pp. 231-33.

[44] Why do I favour the liability stretching rationale? It provides a rational explanation for the expansion of tort liability which rests on pre-existing causes of action. This type of expansion provides certainty because it establishes a clear “control mechanism” on liability in this area of the law, consistent with tort law’s reticence to intrude too far into the realm of competitive economic activity: *OBG*, at para. 266, *per* Lord Walker of Gestingthorpe. In the words of Baroness Hale of Richmond in *OBG*, it is “consistent with legal policy to limit rather than to encourage the expansion of liability in this area”: para. 306. I agree in general terms with Hazel Carty that “a narrow remit . . . based on existing civil liability is the best policy”: *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed.), at p. 301.

[45] This rationale of the tort supports a narrow definition of “unlawful means”: the tort does not seek to create new actionable wrongs but simply to expand the range of persons who may sue for harm intentionally caused by existing actionable wrongs to a third party. Thus, criminal offences and breaches of statute would not be *per se* actionable under the unlawful means tort, but the tort would be available if, under common law principles, those acts also give rise to a civil action by the third party and interfered with the plaintiff’s economic activity. For example, crimes such as assault and theft would be actionable by a third party in the torts of trespass to the person and conversion. But other breaches of criminal or regulatory law will not give rise to a civil action and there will be therefore no potential liability under the unlawful means tort. This approach avoids “tortifying” the criminal and regulatory law by imposing civil liability where

parmi les auteurs (voir, p. ex., R. Podolny, « The Tort of Intentional Interference with Economic Relations : Is Clarity Out of *Reach*? » (2012), 52 *Rev. can. dr. comm.* 63, p. 77-78; H. Carty, « The Economic Torts in the 21st Century » (2008), 124 *Law Q. Rev.* 641, p. 672; Neyers, p. 231-233).

[44] Pourquoi ce fondement me paraît-il préférable? Parce qu’il fait reposer sur des assises rationnelles l’extension du champ de la responsabilité délictuelle, qui est limitée aux causes d’action préexistantes. Ce type d’extension favorise la certitude parce qu’il établit un « mécanisme de contrôle » clair pour déterminer la responsabilité qui respecte la réticence exprimée dans le domaine de la responsabilité délictuelle à trop intervenir dans le champ de l’activité économique concurrentielle (*OBG*, par. 266, le lord Walker of Gestingthorpe). Pour reprendre les termes employés par la baronne Hale of Richmond dans *OBG*, il est [TRADUCTION] « conforme aux principes juridiques de contenir l’extension du champ de la responsabilité dans ce domaine plutôt que de l’encourager » (par. 306). Je partage de façon générale l’avis de Hazel Carty selon lequel [TRADUCTION] « un critère étroit [. . .] reposant sur les causes de responsabilité civile existantes constitue la meilleure voie » (*An Analysis of the Economic Torts* (2<sup>e</sup> éd.), p. 301).

[45] Ce fondement du délit milite en faveur d’une définition étroite du « moyen illégal » : le délit a pour effet non pas de créer de nouvelles fautes ouvrant droit à action, mais simplement de reconnaître à d’autres personnes la possibilité de poursuivre pour un préjudice qui leur a été causé intentionnellement par une faute donnant déjà matière à procès à un tiers. Les infractions criminelles et contraventions aux lois ne permettraient donc pas a priori d’intenter une action pour atteinte par un moyen illégal, mais une telle action serait possible si les actes en cause, suivant les principes de la common law, fondent également l’action civile du tiers et ont porté atteinte à l’activité économique du demandeur. Par exemple, des crimes comme les voies de fait et le vol pourraient donner au tiers ouverture à action pour atteinte directe à la personne et détournement, respectivement. Or, ce ne sera pas le cas d’autres infractions à des lois en matière criminelle ou



there would not otherwise be any: see *OBG*, at paras. 57 and 266. The two core components of the unlawful means tort are thus that the defendant must use unlawful means, in the narrow sense, and that the defendant must intend to harm the plaintiff through the use of the unlawful means.

[46] There are at least two objections to the liability stretching rationale, but I do not find either persuasive.

[47] One objection is that this rationale cannot explain imposing liability in situations where the third party also suffers a loss: see Neyers, at p. 232. This objection sees a gap in liability as arising only if A commits a wrong against B but the harm is suffered only by C; the “gap” arises because neither B nor C has a claim. If filling that gap is the purpose of the unlawful means tort, then it would be difficult to justify imposing liability in classic cases of the unlawful means tort, such as *Tarleton*, where the third party also suffers harm and has a valid claim. My view, however, is that this objection is predicated on an unduly narrow understanding of the “gap” in liability. It is desirable to stretch liability even if other forms of action may be available. Take *Tarleton* as an example. Both the occupants of the canoe and the competitor trading ship suffered harm, but they suffered different and distinct harms. The occupants of the canoe suffered physical harm while the ship owners suffered economic harm distinct from those physical injuries. Allowing recovery for only one type of loss would leave the other loss uncompensated for no obvious reason. The liability stretching rationale, as I see it, justifies imposing liability in these circumstances.

réglementaire, et il n’en découlera pas de risque de responsabilité pour atteinte par un moyen illégal. Cette démarche évite de « délictualiser » le régime légal en matière criminelle ou réglementaire en imposant une responsabilité civile là où il n’y en aurait pas (voir *OBG*, par. 57 et 266). Les deux éléments essentiels du délit d’atteinte par un moyen illégal sont donc les suivants : le défendeur a recours à un moyen illégal, au sens étroit du terme, et le défendeur cause intentionnellement un préjudice au demandeur.

[46] Au moins deux objections ont été formulées à l’égard du fondement intéressant l’extension du champ de la responsabilité, mais aucune ne me paraît convaincante.

[47] Suivant la première objection, ce fondement ne permet pas d’expliquer pourquoi il devrait y avoir responsabilité à l’égard du demandeur dans les situations où le tiers a également subi un préjudice (voir Neyers, p. 232). Pour ceux qui élèvent cette objection, la « lacune » en matière de responsabilité n’intervient que si A commet une faute à l’endroit de B, mais que seul C en subit un préjudice, et elle provient du fait que ni B ni C n’ont de recours. À leur avis, si le délit d’atteinte par un moyen illégal vise à combler cette lacune, on pourrait difficilement justifier l’imposition d’une responsabilité dans les cas classiques, tel celui de *Tarleton*, où le tiers avait également subi un préjudice et pouvait valablement exercer un droit d’action. J’estime toutefois que l’objection repose sur une conception trop étroite de la « lacune ». Il est souhaitable d’étendre le champ de la responsabilité même si d’autres formes d’action peuvent être exercées. Prenons l’exemple de *Tarleton* : les passagers du canot et le navire marchand concurrent ont subi un préjudice, quoique distinct. Dans le cas des passagers du canot, le préjudice était d’ordre physique tandis que, dans le cas des propriétaires du navire, il était d’ordre économique. En permettant le recouvrement d’un seul type de perte, on négligerait l’autre perte sans raison évidente. Le fondement intéressant l’extension du champ de la responsabilité, de mon point de vue, justifie l’imposition d’une responsabilité dans cette situation.

[48] The second potential objection to the liability stretching rationale is that it provides a cause of action even though no right of the plaintiff has been engaged by the defendant's conduct: see Neyers, at p. 232. But the question is whether there ought to be a right of recovery. The affirmative answer rests on the notion that a modest expansion of the range of persons who can sue is justified where the breach of an existing duty to one party is intended to, and does, economically harm another.

[49] I conclude that the best rationale for the unlawful means tort is "liability stretching", a rationale that favours a narrow approach to the unlawful means requirement.

(c) *Review of the Jurisprudence*

[50] The case law does not form a tidy package of consistent approaches. But on balance it favours a narrow approach to the unlawful means requirement.

(i) England and Wales

[51] The leading case on the unlawful means tort in England is the decision of the House of Lords in *OBG*. Lord Hoffmann, for the majority, adopted a narrow definition of "unlawful means". The plaintiff will have a claim only where the wrong to the third party would have been actionable at the instance of that third party: *OBG*, at para. 49. The only exception identified by Lord Hoffmann to this narrow view was that the defendant would still be liable if the third party would have had an action but for the fact that he or she had suffered no loss. This exception is tailored to capture facts where the loss is suffered by the plaintiff rather than the third party, as where, for example, the defendant intimidates the third party into acting to the detriment of the plaintiff. Lord Hoffmann added a further requirement to his definition of "unlawful means": the unlawful means must interfere with the third party's "freedom to deal with the claimant": para. 51. The plaintiff must therefore have an economic interest at stake in the interference by the defendant with the third party.

[48] La seconde objection possible est que ce fondement reconnaît une cause d'action au demandeur même si la conduite du défendeur n'a porté atteinte à aucun de ses droits (voir Neyers, p. 232). Or, il faut plutôt se demander s'il devrait y avoir un droit d'indemnisation. La réponse affirmative à cette question s'explique ainsi : la modeste extension d'un droit de recours se justifie dans les cas où un manquement à une obligation existante envers une partie vise à causer un préjudice économique à une autre, et y parvient.

[49] Je conclus donc que le fondement intéressant l'« extension du champ de la responsabilité » est préférable, fondement du délit d'atteinte par un moyen illégal qui favorise une définition étroite du critère du moyen illégal.

c) *Examen de la jurisprudence*

[50] Les décisions en cette matière ne forment pas un ensemble ordonné de raisonnements semblables, mais elles préconisent, de façon générale, une définition étroite du critère du moyen illégal.

(i) Angleterre et Pays de Galles

[51] En Angleterre, l'arrêt de principe sur le délit d'atteinte par moyen illégal est celui rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *OBG*. Lord Hoffmann, auteur de l'opinion majoritaire, a adopté une définition étroite de « moyen illégal », selon laquelle l'action du demandeur n'est possible que lorsque la faute commise à l'endroit du tiers donnerait à ce dernier matière à procès (*OBG*, par. 49). La seule exception à cette définition étroite formulée par lord Hoffmann veut que le défendeur puisse quand même être tenu responsable si le tiers aurait pu exercer un recours n'eût été l'absence de perte. Cette exception vise les situations où le demandeur, et non le tiers, subit la perte, comme lorsque le défendeur intimide le tiers pour que celui-ci agisse au détriment du demandeur. Lord Hoffmann a ajouté une exigence à la définition de « moyen illégal » : le moyen doit entraver la [TRADUCTION] « liberté [du tiers] de traiter avec le demandeur » (par. 51). L'ingérence du défendeur dans les affaires du tiers doit donc nuire à un intérêt économique du demandeur.

[52] The majority in *OBG* rejected the much broader view of unlawful means adopted by Lord Nicholls. On that wider view, “unlawful means” comprise “all acts which a person is not permitted to do. The distinction is between ‘doing what you have a legal right to do and doing what you have no legal right to do’”: para. 150, citing Lord Reid in *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129, at pp. 1168-69. “Unlawful means” include common law torts, statutory torts, crimes, breaches of contract, breaches of trust and equitable obligations, breaches of confidence, and so on: para. 150. To this broad definition of “unlawful means”, Lord Nicholls added the requirement that the plaintiff must be harmed through the “instrumentality” of the third party: paras. 159-60.

[53] Less than a year after *OBG*, the House of Lords reconsidered the scope of “unlawful means”, but this time in the context of unlawful means conspiracy: *Revenue and Customs Commissioners v. Total Network SL*, [2008] UKHL 19, [2008] 1 A.C. 1174. The House of Lords distinguished the conspiracy tort from the unlawful means tort and held that a more flexible definition of “unlawful means” was needed in the conspiracy context: paras. 44, 76-77 and 94. Their Lordships echoed the views of Lord Nicholls in *OBG* in noting that criminal conduct is “at the top end” of “the scale of blameworthy conduct”: see para. 91, *per* Lord Walker of Gestingthorpe.

(ii) Australia

[54] While the position in Australia is not entirely settled, it is clear that the unlawful means tort will have at most a modest role to play in that country. In its most recent case on the unlawful means tort, the High Court left open the question of whether or not the independent tort of causing loss by unlawful means was even part of Australian law: *Sanders v. Snell*, [1998] HCA 64, 196 C.L.R. 329. Lower court decisions suggest that if the tort does exist, it exists in a narrow form similar to that articulated in *OBG: Canberra Data Centres Pty Ltd. v. Vibe*

[52] Dans *OBG*, les juges majoritaires ont rejeté la notion beaucoup plus large de moyen illégal retenue par lord Nicholls, pour qui constitue un « moyen illégal » [TRADUCTION] « tout acte qu’une personne n’est pas autorisée à accomplir. La distinction s’opère entre “ce qu’on a juridiquement le droit de faire et ce qu’on n’a pas juridiquement le droit de faire” » (par. 150, citant lord Reid dans *Rookes c. Barnard*, [1964] A.C. 1129, p. 1168-1169). Les « moyens illégaux » comprennent les délits civils de common law, les délits civils d’origine législative, les crimes, les ruptures de contrat, la violation de fiducie et d’obligations en equity, l’abus de confiance et ainsi de suite (par. 150). Lord Nicholls complète cette définition large en y ajoutant l’exigence que le préjudice ait été causé au demandeur par [TRADUCTION] « l’intermédiaire » d’un tiers (par. 159-160).

[53] Moins d’un an après *OBG*, la Chambre des lords a réexaminé la portée du « moyen illégal », cette fois dans le contexte du complot exécuté par des moyens illégaux (*Revenue and Customs Commissioners c. Total Network SL*, [2008] UKHL 19, [2008] 1 A.C. 1174). Elle a établi une distinction entre ce délit et le délit d’atteinte par un moyen illégal, et elle a jugé qu’une définition plus souple du « moyen illégal » s’appliquait dans le contexte du complot (par. 44, 76-77 et 94). Les lords juges ont fait écho à l’opinion de lord Nicholls dans *OBG*, faisant remarquer qu’une conduite criminelle se situe [TRADUCTION] « dans le haut » de « la fourchette des comportements condamnables » (voir par. 91, le lord Walker of Gestingthorpe).

(ii) Australie

[54] Bien que la position australienne n’a pas entièrement cristallisé, il ne fait aucun doute que le délit d’atteinte par un moyen illégal jouera tout au plus un rôle modeste dans ce pays. Dans sa plus récente décision en cette matière, la Haute Cour a laissé en suspens la question de savoir si le délit distinct qui consiste à causer une perte par un moyen illégal existait même en droit australien (*Sanders c. Snell*, [1998] HCA 64, 196 C.L.R. 329). Des décisions d’instances inférieures laissent entendre que si ce délit existe effectivement, il revêt une

*Constructions (ACT) Pty Ltd.*, [2010] ACTSC 20, 173 A.C.T.R. 33, at para. 141; *Hardie Finance Corporation Pty Ltd. v. Ahern (No. 3)*, [2010] WASC 403 (AustLII); see also K. Barker et al., *The Law of Torts in Australia* (5th ed. 2012), at pp. 291 ff.

(iii) New Zealand

[55] The unlawful means tort is more firmly established in New Zealand and a narrow approach is taken to the unlawful means requirement: *Van Camp Chocolates Ltd. v. Aulsebrooks Ltd.*, [1984] 1 N.Z.L.R. 354 (C.A.). More recently, in *Diver v. Loktronic Industries Ltd.*, [2012] NZCA 131 (NZLII), the New Zealand Court of Appeal adopted Lord Hoffmann’s analysis of the unlawful means tort in *OBG*, although this may not be the final word on the subject, as the analysis is brief and it is not clear that the point was argued: see para. 100.

(iv) United States

[56] The approach in several states of the United States departs markedly from the Commonwealth jurisprudence. In many states, liability is imposed where the defendant’s conduct is “improper”. In the several states that follow the *Restatement of the Law, Second: Torts 2d* (1989), this is determined by reference to a combination of factors including the defendant’s motive, the nature of the plaintiff’s interest, and the social value of the defendant’s conduct: see § 767. The lack of an “unlawful means” requirement in most U.S. states has been criticized as creating commercial uncertainty, although this approach also has its defenders: H. S. Perlman, “Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine” (1982), 49 *U. Chicago L. Rev.* 61; compare J. C. Estes, “Expanding Horizons in the Law of Torts — Tortious Interference” (1974), 23 *Drake L. Rev.* 341; see also L. Watkins, “Tort Law — Tortious Interference with Business Expectancy — A Trap for the Wary and Unwary Alike” (2012), 34 *U. Ark. Little Rock L. Rev.* 619. Given the fundamentally different paths which Anglo-Canadian

forme étroite semblable à celle qui est expliquée dans *OBG (Canberra Data Centres Pty Ltd. c. Vibe Constructions (ACT) Pty Ltd.*, [2010] ACTSC 20, 173 A.C.T.R. 33, par. 141; *Hardie Finance Corporation Pty Ltd. c. Ahern (No. 3)*, [2010] WASC 403 (AustLII); voir aussi K. Barker et autres, *The Law of Torts in Australia* (5<sup>e</sup> éd. 2012), p. 291 et suiv.).

(iii) Nouvelle-Zélande

[55] Le délit d’atteinte par un moyen illégal est mieux établi en Nouvelle-Zélande, et le critère du moyen illégal y reçoit une interprétation étroite (*Van Camp Chocolates Ltd. c. Aulsebrooks Ltd.*, [1984] 1 N.Z.L.R. 354 (C.A.)). Dans l’arrêt plus récent *Diver c. Loktronic Industries Ltd.*, [2012] NZCA 131 (NZLII), la Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande a adopté l’analyse du délit d’atteinte par un moyen illégal exposée par lord Hoffmann dans *OBG*. Or, il se peut que ce ne soit pas le dernier mot sur la question, car l’analyse est brève, et il n’est pas certain que ce point ait été plaidé (voir le par. 100).

(iv) États-Unis

[56] La jurisprudence dans plusieurs États américains diffère sensiblement de celle du Commonwealth. Dans plusieurs États, la responsabilité découle de la conduite [TRADUCTION] « répréhensible » du défendeur, ce qui, dans les États qui appliquent le *Restatement of the Law, Second: Torts 2d* (1989), appelle l’examen d’un ensemble de facteurs, notamment le motif du défendeur, la nature de l’intérêt du demandeur et la valeur sociale de la conduite du défendeur (voir l’art. 767). Certains auteurs déplorent l’incertitude en matière commerciale qui découle de l’absence, dans la plupart des États américains, du critère du « moyen illégal », mais cette approche a ses partisans (H. S. Perlman, « Interference with Contract and Other Economic Expectancies : A Clash of Tort and Contract Doctrine » (1982), 49 *U. Chicago L. Rev.* 61; comparer avec J. C. Estes, « Expanding Horizons in the Law of Torts — Tortious Interference » (1974), 23 *Drake L. Rev.* 341; voir aussi L. Watkins, « Tort Law — Tortious Interference with Business Expectancy — A Trap for the Wary and Unwary Alike » (2012), 34 *U. Ark. Little Rock*

and American tort law have taken on this subject, there is no need to examine the American jurisprudence in greater detail here. It is sufficient to note that the feared dangers associated with a broad approach to this tort appear to have materialized.

(v) Canada

[57] The position in the common law jurisdictions, as I read it, favours a narrow understanding of the unlawful means requirement. I will examine first the previous decisions of this Court and then turn to the jurisprudence from Canadian appellate courts.

[58] There is only one decision of this Court dealing with the unlawful means tort, although the Court has also addressed the unlawful means requirement in the context of unlawful means conspiracy and intimidation. I read this jurisprudence as being consistent with a narrow approach to unlawful means in the unlawful means tort context.

[59] The case addressing the unlawful means tort is *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265. Mr. Therien owned a small trucking business which loaned trucks and drivers to a construction company in British Columbia. After the employees of the construction company unionized, Mr. Therien was told that he needed to join the union, which he did not do. The union threatened to picket the construction company, which then decided to cease doing business with Mr. Therien. Mr. Therien brought an action against the union for interference with business by illegal means. Locke J. held that the union's threat to picket the employer was a breach of its obligation under the collective agreement to submit disputes relating to the agreement to arbitration and of s. 21 of the *Labour Relations Act*, S.B.C. 1954, c. 17, which made it an offence for any person to violate an obligation arising under a collective agreement. Locke J. held that "to ascertain whether the means employed were illegal inquiry may be made both at

*L. Rev.* 619). Puisque le droit de la responsabilité délictuelle américain diffère fondamentalement du droit anglo-canadien sur ce point, il est inutile de pousser plus avant l'examen de la jurisprudence américaine. Il suffit de signaler que les craintes relatives à l'adoption d'une définition large de ce délit semblent s'être matérialisées.

(v) Canada

[57] La position des ressorts de common law, telle que je l'interprète, favorise une interprétation étroite du critère du moyen illégal. Mon examen portera d'abord sur les arrêts antérieurs de la Cour puis abordera la jurisprudence des cours d'appel canadiennes.

[58] Un seul arrêt de la Cour concerne le délit d'atteinte par un moyen illégal; la Cour a toutefois analysé le critère du moyen illégal en rapport avec le complot exécuté par des moyens illégaux et l'intimidation. Selon moi, cette jurisprudence va dans le sens d'une définition étroite du moyen illégal dans le contexte du délit d'atteinte par un moyen illégal.

[59] L'arrêt intéressant le délit d'atteinte par un moyen illégal est *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265. M. Therien exploitait une petite entreprise de camionnage qui louait des véhicules et les services de chauffeurs à une entreprise de construction en Colombie-Britannique. Les employés de l'entreprise de construction se sont syndiqués, et M. Therien a été informé qu'il devait adhérer au syndicat, ce qu'il n'a pas fait. Le syndicat a menacé de piquetage l'entreprise de construction, et celle-ci a mis fin à ses rapports commerciaux avec M. Therien, lequel a poursuivi le syndicat pour atteinte à des relations commerciales par un moyen illégal. Le juge Locke a statué qu'en menaçant l'employeur de piquetage le syndicat avait contrevenu à l'obligation prévue à la convention collective de soumettre à l'arbitrage les différends relatifs à cette convention et avait enfreint l'art. 21 de la *Labour Relations Act*, S.B.C. 1954, ch. 17, aux termes duquel constituait une infraction la violation de toute obligation découlant

common law and of the statute law” and concluded that both the union’s breach of contract and breach of statute constituted unlawful means: p. 280.

[60] The intervener, the Attorney General of British Columbia, argues that the inclusion of statutory offences within the scope of the unlawful means tort in *Therien* precludes the adoption of the narrow view of the tort. I do not think this is the case for two reasons.

[61] First, it was not necessary to rely on the breach of statute in *Therien*: the conduct giving rise to the claim was also a breach of the collective agreement between the union and the company employing Mr. Therien’s firm: see pp. 283-84, *per* Cartwright J. In any case, there was no analysis of the question whether unlawful means may include all breaches of statute.

[62] Second, the comments in *Therien* about civil liability for breach of statute must be read in light of this Court’s subsequent jurisprudence about the interplay between statutory duties and civil causes of action: see, e.g., *The Queen in Right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129. The law in this regard has evolved significantly since *Therien* and the brief reference to breach of statute must be read in light of those developments. The position that I propose in relation to the scope of unlawful means is consistent with this approach. A breach of statute will constitute unlawful means if it would be otherwise actionable under the principles developed in these later cases. While this Court has held that the unlawful means

d’une convention collective. Le juge Locke a indiqué que [TRADUCTION] « l’illégalité du moyen peut s’évaluer au regard tant de la common law que des textes législatifs », et conclu que la rupture de contrat et le manquement à une disposition législative par le syndicat constituaient tous deux un moyen illégal (p. 280).

[60] Selon le procureur général de la Colombie-Britannique, intervenant en l’espèce, comme la Cour dans *Therien* indique qu’une infraction à une disposition législative peut constituer le délit d’atteinte par un moyen illégal, la définition étroite du délit est impossible. Je ne suis pas de cet avis, pour deux raisons.

[61] Premièrement, il n’était pas nécessaire, dans *Therien*, de fonder le raisonnement sur l’infraction à la disposition législative : la conduite donnant lieu à la poursuite contrevenait également à la convention collective intervenue entre le syndicat et l’entreprise qui faisait affaire avec le commerce de M. Therien (voir p. 283-284, le juge Cartwright). De toute manière, la Cour n’a pas examiné la question de savoir si toute infraction à une disposition législative peut constituer un moyen illégal.

[62] Deuxièmement, la jurisprudence subséquente de la Cour au sujet de l’interaction entre les obligations légales et les causes d’action civiles doit éclairer notre lecture des commentaires formulés dans *Therien* au sujet de la responsabilité civile découlant d’une infraction à une disposition législative (voir, p. ex., *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129). Le droit à cet égard a beaucoup évolué depuis l’arrêt *Therien*, et c’est à la lumière de cette évolution qu’il faut interpréter la brève mention qui y est faite à propos de l’inobservation de dispositions législatives. La position que je propose relativement à la portée du moyen illégal va dans ce sens. L’infraction à une

conspiracy tort continues to impose liability for breaches of statute, as I explain below, there is no need for consistency in the unlawful means component of unlawful means conspiracy and of the tort of causing loss by unlawful means.

[63] The Court has also considered the unlawful means requirement in the context of unlawful means conspiracy. In *Gagnon v. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] S.C.R. 435, a shipbuilder refused to negotiate with an uncertified union. The union responded by picketing which resulted in a work stoppage which was found to have been an unlawful strike. The shipbuilder sued the union members responsible. A majority of the Court found them liable on the basis of unlawful means conspiracy, reasoning that the means employed by the union were prohibited by statute: “. . . this of itself supplies the ingredient necessary to change a lawful agreement which would not give rise to a cause of action into a tortious conspiracy, the carrying out of which exposes the conspirators to an action for damages if any ensue therefrom”: *Gagnon*, at p. 446, *per* Ritchie J.

[64] This approach was also adopted in *LaFarge*. The case involved a conspiracy to prevent or unduly lessen competition in the production of cement contrary to s. 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23. The plaintiff successfully brought an action against the conspirators claiming damages for conspiracy to injure. The Court allowed the appeal of the conspirators on the basis that they did not intend to injure the plaintiff but rather to advance their business interests. However, Estey J. stated for the Court that “the conduct of the appellants, although not directed towards the plaintiff, was unlawful. They have been convicted of offences in contravention of a federal statute and have been fined in company with their fellow accused in the total sum of \$432,000”: *LaFarge*, at

loi constitue un moyen illégal si elle donne ouverture à action conformément aux principes élaborés dans ces arrêts ultérieurs. Bien que la Cour ait jugé que l’inobservation d’une disposition législative emporte la responsabilité dans le cas du délit de complot exécuté par des moyens illégaux, il n’est pas nécessaire, comme on le verra, que la notion de moyen illégal soit la même pour le délit de complot exécuté par des moyens illégaux et pour celui qui consiste à causer une perte par un moyen illégal.

[63] La Cour a aussi examiné le critère du moyen illégal dans le contexte du délit de complot exécuté par des moyens illégaux. Dans l’affaire *Gagnon c. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] R.C.S. 435, un syndicat non accrédité s’étant fait opposer un refus de négocier par un constructeur de navire a érigé un piquet de grève qui a entraîné un arrêt de travail, lequel a été jugé constituer une grève illégale. Le constructeur a poursuivi les instigateurs au sein du syndicat. Par jugement majoritaire, la Cour a conclu qu’ils avaient engagé leur responsabilité pour complot exécuté par des moyens illégaux, parce que des dispositions législatives interdisaient les moyens employés : [TRADUCTION] « . . . ce qui suffit en soi à transformer un accord licite qui n’engendrerait aucune cause d’action en complot délictuel dont l’exécution expose les comploteurs à des poursuites en dommages-intérêts s’il en résulte un préjudice quelconque » (*Gagnon*, p. 446, le juge Ritchie).

[64] Ce raisonnement a aussi été suivi dans *LaFarge*, qui portait sur un complot visant à empêcher ou à diminuer indûment la concurrence dans la production de béton en contravention à l’al. 32(1)(c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23. La demanderesse avait poursuivi en dommages-intérêts les auteurs d’un complot en vue de nuire et avait eu gain de cause. La Cour a accueilli l’appel des auteurs du complot parce qu’ils avaient l’intention, non pas de nuire à la demanderesse, mais de servir leurs propres intérêts commerciaux. Le juge Estey, au nom de la Cour, a cependant indiqué que « si elle n’était pas dirigée contre la demanderesse, la conduite des appelantes n’en était pas moins illégale. Elles ont été reconnues coupables d’avoir commis des

p. 472. The Court confirmed the *LaFarge* understanding of unlawful means conspiracy in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at pp. 984-90.

[65] The scope of unlawful means has also arisen in the context of the tort of intimidation. Intimidation is committed when the defendant threatens to commit an unlawful act and in so doing causes loss to the person threatened (two-party intimidation) or to a third party (three-party intimidation). The tort of intimidation was recognized before the unlawful means tort fully in its present form was well established: *Fridman*, at p. 765.

[66] In *Roman Corporation Ltd. v. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd.*, [1973] S.C.R. 820, the Court recognized the tort of intimidation, though held that it was not available in that case as there had been no threat to use unlawful means: pp. 829-30. The tort of intimidation reached this Court again in the case of *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42. The Minister of Mineral Resources threatened to cancel the plaintiff's mineral leases if it did not lower its potash production under regulations which on separate grounds were held to be *ultra vires*. Martland J. rejected the plaintiff's claim in intimidation on the grounds that the Minister lacked the necessary intention for the tort. The Minister had not acted unreasonably, let alone intentionally. Martland J. also distinguished between two-party and three-party intimidation. He held that, unlike the three-party scenario, in a two-party intimidation case a mere threat to breach a contract could not ground liability because the plaintiff should be left to the remedies available under the contract: *Central Canada Potash*, at p. 87. This Court reiterated the application of the intimidation tort to both two-party and three-party situations in *Pepsi-Cola*, at para. 113.

infractions à une loi fédérale et elles se sont vu avec leurs coaccusées imposer des amendes totalisant 432 000 \$ » (*LaFarge*, p. 472). Cette conception du complot exécuté par des moyens illégaux a été confirmée dans *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 984-990.

[65] La question de la portée du moyen illégal s'est également posée dans le contexte du délit d'intimidation. Il y a intimidation lorsque le défendeur menace de commettre un acte illégal et occasionne ainsi des pertes à la personne menacée (intimidation dans une situation mettant en cause deux parties) ou à un tiers (intimidation dans une situation mettant en cause trois parties). Le délit d'intimidation a été reconnu avant que le délit d'atteinte par un moyen illégal dans sa forme actuelle ne soit bien établi (*Fridman*, p. 765).

[66] Dans *Roman Corporation Ltd. c. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd.*, [1973] R.C.S. 820, la Cour a reconnu le délit d'intimidation tout en concluant qu'il ne pouvait être invoqué dans ce cas parce qu'il n'y avait pas eu menace de recours à des moyens illégaux (p. 829-830). La Cour a eu à se prononcer une fois de plus sur ce délit dans l'affaire *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42. Le ministre des Ressources minérales avait menacé d'annuler le bail de droit minier de la demanderesse si elle ne réduisait pas sa production de potasse en application d'un règlement qui a été jugé *ultra vires* pour d'autres motifs. Le juge Martland a rejeté la demande fondée sur l'intimidation parce que le ministre n'avait pas eu l'intention nécessaire pour qu'il y ait délit. Il n'avait pas agi de façon déraisonnable, et encore moins de façon intentionnelle. Le juge Martland établit également une distinction entre la situation mettant en cause deux parties et celle mettant en cause trois parties, estimant que, dans le premier cas, la simple menace de rupture de contrat n'emporte pas responsabilité, parce que le demandeur peut se prévaloir des recours contractuels, ce qui n'est pas vrai dans le deuxième cas (*Central Canada Potash*, p. 87). Au par. 113 de l'arrêt *Pepsi-Cola*, la Cour revient sur l'application du délit d'intimidation dans l'un et l'autre cas.



[67] The Court has clearly taken a different approach to “unlawful means” in the context of unlawful means conspiracy and intimidation than I propose to adopt in the context of the unlawful means tort. For example, liability based on all breaches of statute is more clearly established in the context of the unlawful means conspiracy tort. Not only *Gagnon* but also *LaFarge* involved liability in the unlawful means conspiracy tort for breaches of statute. Does this suggest that a broader approach should also be followed in the unlawful means tort? In my view, it does not.

[68] While the economic torts may sometimes develop along parallel lines, they have distinct historical roots and roles to play in the regulation of the modern marketplace. So, for example, this Court in *Central Canada Potash* accepted the proposition that a narrower definition of “unlawful means” applies in the two-party intimidation tort than in the three-party intimidation tort. This suggests that there is no general requirement of consistency in the elements of the economic torts. Similarly, the House of Lords accepted the need for different definitions of “unlawful means” for the unlawful means and conspiracy torts in *Total Network*. As Lord Mance put it, “[t]he two torts are different in their nature, and the interests of justice may require their development on somewhat different bases”: para. 123. This same point was made recently by Goudge J.A. on behalf of the Ontario Court of Appeal, who stated that “these two economic torts [i.e. the unlawful means and conspiracy torts] have evolved separately, and thus each ha[s] developed [its] own concept of unlawful conduct”: *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427, at para. 34; see also R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), at p. 297. Moreover, it may well be that the presence of an agreement in the tort of conspiracy justifies a different and broader definition of “unlawful means” for the tort of “unlawful means” conspiracy than is appropriate for the unlawful means tort. This is illustrated by the Court’s retention, although as an anomaly, of the so-called predominant purpose conspiracy tort on the basis that the fact of agreement between

[67] En matière de complot et d’intimidation, la Cour aborde clairement le « moyen illégal » d’une manière différente de celle que je propose pour le délit d’atteinte par un moyen illégal. Par exemple, il est établi plus clairement dans le contexte du délit de complot exécuté par des moyens illégaux que dans le contexte de l’atteinte par un moyen illégal que la responsabilité peut découler de toute infraction à une loi. Les affaires *Gagnon* et *LaFarge* portaient sur la responsabilité pour complot exécuté par des moyens illégaux en cas d’infraction à une disposition législative. Faut-il en conclure que le délit d’atteinte par un moyen illégal doit être défini largement? J’estime que non.

[68] Bien que les délits économiques puissent parfois évoluer parallèlement, ils ont des origines distinctes et jouent des rôles différents dans la régulation du marché moderne. Par exemple, dans l’arrêt *Central Canada Potash*, la Cour accepte la proposition selon laquelle une définition de « moyen illégal » plus étroite s’applique aux situations d’intimidation mettant en cause deux parties qu’à celles mettant en cause trois parties. On peut conclure qu’il n’existe pas de grand principe d’uniformité des éléments de ce type de délits. De même, la Chambre des lords a reconnu, dans *Total Network*, que le « moyen illégal » devait être défini différemment selon qu’il s’agit du délit d’atteinte ou du délit de complot. Comme lord Mance l’a expliqué, [TRADUCTION] « [L]es deux délits sont de nature distincte, et il se peut que l’intérêt de la justice commande qu’ils évoluent en fonction de fondements quelque peu différents » (par. 123). S’exprimant au nom de la Cour d’appel de l’Ontario, le juge Goudge a repris le même raisonnement, affirmant que [TRADUCTION] « ces deux délits économiques [à savoir le délit d’atteinte par un moyen illégal et le délit de complot] ont évolué séparément, de sorte qu’ils présentent chacun leur propre notion de ce qu’il faut entendre par conduite illégale » (*Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas*, 2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427, par. 34; voir aussi R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), p. 297). En outre, il se peut que l’existence d’une entente comme élément constitutif du délit de complot justifie une définition différente et plus large de « moyen illégal » dans le contexte de ce

conspirators (or “combination”) could itself justify imposing liability: see, e.g., *LaFarge*, at pp. 471-72, *per Estey J.*

[69] I conclude that it is not necessary to seek identical treatment of the unlawful means component for all of the torts of which it is a requirement. The Court has not insisted on this uniformity in the past and there are reasons of principle that support different approaches in different contexts. Of course, my reasons in this case are confined to the unlawful means tort and nothing I have said should be taken as opining on the elements of other torts which are not before us for decision in this case.

[70] To conclude the review of this Court’s jurisprudence, it does not settle the point before us for decision and the Court has not addressed the unlawful means requirement in this context since *Therien*.

[71] The unlawful means tort has been addressed by many appellate courts across the country: see, e.g., *Gershman v. Manitoba Vegetable Producers’ Marketing Board* (1976), 69 D.L.R. (3d) 114 (Man. C.A.); *Conway v. Zinkhofer*, 2008 ABCA 392 (CanLII); *Polar Ice Express Inc. v. Arctic Glacier Inc.*, 2009 ABCA 20, 446 A.R. 295; *R.L.T.V. Investments Inc. v. Saskatchewan Telecommunications*, 2009 SKCA 83, 331 Sask. R. 78, leave to appeal refused, [2010] 1 S.C.R. xiv. In decisions that address the unlawful means component, there has been a general trend towards a narrower understanding of it. Earlier cases such as *Reach M.D. Inc. v. Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada* (2003), 65 O.R. (3d) 30 (C.A.), had advanced a broad definition of “unlawful means” that included any act the

délit que celle qui conviendrait dans celui du délit d’atteinte. Une telle interprétation est illustrée par le fait que la Cour reconnaît la réalité de ce qu’on a appelé le délit de complot visant principalement à causer un préjudice, même si elle admet qu’il s’agit d’une anomalie, et estime que l’existence même d’une entente entre les auteurs du complot (ou d’un acte commis « de concert ») suffit à engendrer la responsabilité (voir, p. ex., *LaFarge*, p. 471-472, le juge Estey).

[69] Je suis d’avis qu’il n’est pas nécessaire de chercher à traiter de manière identique la notion de moyen illégal à l’égard de chaque délit dont elle représente un élément constitutif. La Cour n’a pas insisté sur une telle uniformité par le passé, et des raisons de principe militent en faveur de l’adoption d’une définition différente dans des contextes différents. Bien entendu, mes motifs dans la présente affaire n’intéressent que le délit d’atteinte par un moyen illégal et ne devraient pas être interprétés comme une opinion sur les éléments constitutifs d’autres délits qui n’ont pas été invoqués en l’espèce.

[70] En somme, l’examen de la jurisprudence de la Cour ne nous permet pas de trancher la présente espèce et révèle que la Cour n’a pas statué sur le critère du moyen illégal dans ce contexte depuis l’arrêt *Therien*.

[71] De nombreuses cours d’appel canadiennes ont examiné le délit d’atteinte par un moyen illégal (voir, p. ex., *Gershman c. Manitoba Vegetable Producers’ Marketing Board* (1976), 69 D.L.R. (3d) 114 (C.A. Man.); *Conway c. Zinkhofer*, 2008 ABCA 392 (CanLII); *Polar Ice Express Inc. c. Arctic Glacier Inc.*, 2009 ABCA 20, 446 A.R. 295; *R.L.T.V. Investments Inc. c. Saskatchewan Telecommunications*, 2009 SKCA 83, 331 Sask. R. 78, autorisation d’appel refusée, [2010] 1 R.C.S. xiv). La tendance générale qui se dégage de leur analyse du moyen illégal à titre d’élément constitutif du délit favorise une définition plus étroite. Dans des affaires plus anciennes, comme *Reach M.D. Inc. c. Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada* (2003), 65 O.R. (3d) 30 (C.A.), une définition large de ce qui constitue un « moyen

defendant “is not at liberty to commit”: paras. 50-52, citing Lord Denning M.R. in *Torquay Hotel Co., Ltd. v. Cousins*, [1969] 1 All E.R. 522, at p. 530. However, *Reach* has been narrowed by subsequent decisions: *Drouillard v. Cogeco Cable Inc.*, 2007 ONCA 322, 86 O.R. (3d) 431, at paras. 22-24; *Conversions by Vantasy Ltd. v. General Motors of Canada Ltd.*, 2006 MBCA 69, 205 Man. R. (2d) 131, at paras. 31-33, leave to appeal refused, [2007] 1 S.C.R. viii; *Correia v. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353, at para. 107; *O’Dwyer v. Ontario Racing Commission*, 2008 ONCA 446, 293 D.L.R. (4th) 559, at paras. 57-59. The Ontario Court of Appeal has confirmed that it “has now opted for the Lord Hoffmann side of the debate” in *OBG* and adopted the narrow definition of “unlawful means”: see *Alleslev-Krofchak v. Valcom Ltd.*, 2010 ONCA 557, 322 D.L.R. (4th) 193, at paras. 57 and 63, leave to appeal refused, [2011] 1 S.C.R. xi; *Agribrands Purina*, at para. 33; although compare *Barber v. Vrozoz*, 2010 ONCA 570, 322 D.L.R. (4th) 577, at para. 58. *Therien* does not appear to have been addressed in any of these decisions.

[72] I conclude my review by noting the fundamentally different approach which the civil law of Quebec takes to this problem. It offers what is perhaps a more straightforward analysis under the doctrine of “abuse of rights”: see *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at para. 24. This doctrine is rooted in the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, which provides in art. 6 that “[e]very person is bound to exercise his civil rights in good faith” and in art. 7 that “[n]o right may be exercised with the intent of injuring another”.

[73] The civil law of Quebec thus goes farther than the Anglo-Canadian unlawful means tort: under the civil law, liability may be imposed on the defendant for conduct which is otherwise lawful but which is done with the intent to injure the plaintiff or in a manner inconsistent with the social ends of that right: J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and

illégal » avait été formulée et elle incluait tout acte que le défendeur [TRADUCTION] « n’a pas le droit de faire » (par. 50-52, citant le maître des rôles lord Denning dans *Torquay Hotel Co., Ltd. c. Cousins*, [1969] 1 All E.R. 522, p. 530). Toutefois, des décisions subséquentes ont réduit la portée de la définition formulée dans *Reach (Drouillard c. Cogeco Cable Inc.)*, 2007 ONCA 322, 86 O.R. (3d) 431, par. 22-24; *Conversions by Vantasy Ltd. c. General Motors of Canada Ltd.*, 2006 MBCA 69, 205 Man. R. (2d) 131, par. 31-33, autorisation d’appel refusée, [2007] 1 R.C.S. viii; *Correia c. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353, par. 107; *O’Dwyer c. Ontario Racing Commission*, 2008 ONCA 446, 293 D.L.R. (4th) 559, par. 57-59). La Cour d’appel de l’Ontario a confirmé qu’elle [TRADUCTION] « opte à présent pour la position soutenue par lord Hoffmann » dans *OBG* et retient la définition étroite de « moyen illégal » (voir *Alleslev-Krofchak c. Valcom Ltd.*, 2010 ONCA 557, 322 D.L.R. (4th) 193, par. 57 et 63, autorisation d’appel refusée, [2011] 1 R.C.S. xi; *Agribrands Purina*, par. 33; mais comparer avec *Barber c. Vrozoz*, 2010 ONCA 570, 322 D.L.R. (4th) 577, par. 58). Aucune de ces décisions ne semble avoir examiné l’arrêt *Therien*.

[72] Je clos mon examen en signalant la manière fondamentalement différente dont le droit civil du Québec aborde ce problème. Sa doctrine de l’« abus de droit » traduit une démarche possiblement plus simple que celle que propose la common law (voir *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 24). Cette doctrine est issue du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, lequel énonce à l’art. 6 que « [t]oute personne est tenue d’exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi » et, à l’art. 7, qu’« [a]ucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ».

[73] Le droit civil du Québec va donc plus loin que le droit anglo-canadien et son délit d’atteinte par un moyen illégal : il reconnaît la responsabilité du défendeur ayant commis un acte légal par ailleurs, mais accompli dans l’intention de nuire au demandeur ou d’une manière qui n’est pas conforme avec la finalité sociale du droit d’exercer cet acte (J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin,

N. Vézina, at paras. 156-58. It may well be that the conduct of the appellants in this case would have constituted an abuse of their rights as property manager and the case could thus have been resolved on these grounds under civil law. However, the common law has taken a very different path.

(d) *Conclusion Regarding the Unlawfulness Requirement*

[74] In light of the examination of the jurisprudence in this country and comparable common law jurisdictions, the trend of authority is towards a narrow definition of “unlawful means”. In addition to being consistent with precedent, this approach is also in my view desirable in principle. Restricting unlawful means to acts that would give rise to civil liability to the third party (or would do so if the third party suffered loss from them) provides a coherent and rational basis for the development of the unlawful means tort. The limitation of unlawful means to actionable civil wrongs provides certainty and predictability in this area of the law, since it does not expand the types of conduct for which a defendant may be held liable but merely adds another plaintiff who may recover if intentionally harmed as a result of that conduct. While details relating to the scope of what is “actionable” may need to be worked out in the future, the basic contours of liability would be clear: see *Alleslev-Krofchak*, at para. 63. This approach does not risk “tortifying” conduct rendered illegal by statute for reasons remote from civil liability: see *OBG*, at paras. 57 and 152. The narrow definition of “unlawful means”, in short, keeps tort law within its proper bounds.

[75] There are of course arguments to the contrary. I concede that it may in some cases be artificial to limit the plaintiff’s recovery by reference exclusively to factors that relate to the defendant’s liability to the third party. For example, a statutory immunity might be intended to shield the defendant from liability to the third party for reasons which have nothing to do with the plaintiff: see Deakin

*Les obligations* (7<sup>e</sup> éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, par. 156-158). En droit civil, l’on aurait pu conclure à l’abus du droit que les appelants en l’espèce exerçaient en tant que gestionnaires de l’immeuble et régler l’affaire sur ce fondement. Or, la common law emprunte une voie très différente.

d) *Conclusion au sujet du critère du caractère illégal*

[74] L’examen de la jurisprudence du Canada et de ressorts semblables de common law révèle une tendance à définir restrictivement le « moyen illégal ». Non seulement cette conception est-elle conforme à la jurisprudence antérieure, mais elle est souhaitable en principe, à mon avis. En limitant les moyens illégaux aux actes qui engageraient la responsabilité civile de leur auteur envers un tiers (ou qui le feraient si le tiers en avait subi une perte), on permet l’évolution du délit d’atteinte par un moyen illégal selon une assise cohérente et rationnelle. En outre, les restreindre aux délits civils ouvrant droit à action assure la certitude et la prévisibilité dans ce domaine de droit, du fait qu’on ne grossit pas la liste des actes pouvant engager la responsabilité du défendeur, on ne fait qu’ajouter un demandeur, qui peut être indemnisé si la conduite lui a causé préjudice intentionnel. Peut-être faudra-t-il à l’avenir préciser la portée de ce qui « ouvre droit à action », cependant les limites générales de la responsabilité seraient claires (voir *Alleslev-Krofchak*, par. 63). Cette approche ne risque pas de « délictualiser » une conduite que le législateur a rendue illégale pour des raisons sans rapport avec la responsabilité civile (voir *OBG*, par. 57 et 152). Une définition étroite de « moyen illégal », en bref, permet de confiner le droit de la responsabilité délictuelle dans la sphère qui doit être la sienne.

[75] Il existe naturellement des arguments contraires. Je concède qu’il puisse parfois y avoir quelque artificialité à refuser l’indemnisation du demandeur exclusivement en fonction de facteurs touchant la responsabilité du défendeur envers un tiers. Par exemple, une immunité d’origine législative peut protéger le défendeur contre toute responsabilité à l’endroit du tiers pour des motifs

and Randall, at p. 545. Looked at from another perspective, however, it is unjust to impose liability on the defendant in such a scenario, since he or she would have not committed a legal wrong. The narrow definition of “unlawful means” may also be criticized as unduly narrow for excluding crimes: see *OBG*, at para. 152, *per* Lord Nicholls; *Total Network*, at paras. 90-94, *per* Lord Walker. This exclusion, however, is much less sweeping than it may at first appear, given that many crimes, such as assault or theft, are also tortious. Other crimes, such as bribery, may still be actionable under the tort of unlawful means conspiracy: see P. W. Lee, “Causing Loss by Unlawful Means”, [2011] *S.J.L.S.* 330, at p. 349 (fn. 115). The possibility that immoral or malicious conduct may not be remediable through the economic torts in some cases is simply a consequence of the Anglo-Canadian conception of the limited role of the common law and is a price worth paying for certainty in this area.

[76] I conclude that in order for conduct to constitute “unlawful means” for this tort, the conduct must give rise to a civil cause of action by the third party or would do so if the third party had suffered loss as a result of that conduct.

(2) Is the Tort Available Only if There Is No Other Cause of Action Available to the Plaintiff Against the Defendant in Relation to the Alleged Misconduct?

[77] The appellants urge us to hold that the unlawful means tort, because it has a gap-filling function, should only be available where the defendant’s conduct does not provide the plaintiff with any other cause of action against the defendant. This was the view of the Court of Appeal in this case and this view has also been adopted by the Ontario Court of Appeal and followed by other Canadian courts. For example, in *Correia*, the unlawful means alleged by the plaintiff were directly actionable in negligence against one of the defendants and in *Alleslev-Krofchak*, the unlawful means were directly actionable in defamation and for this reason,

n’ayant rien à voir avec le demandeur (voir *Deakin et Randall*, p. 545). Vu autrement, toutefois, il serait injuste d’imposer au défendeur la responsabilité dans un tel cas, puisqu’il n’a commis aucune transgression du droit positif. On peut également reprocher à la définition étroite de « moyen illégal » d’être indûment restrictive du fait qu’elle exclut les crimes (voir *OBG*, par. 152, le lord Nicholls; *Total Network*, par. 90-94, le lord Walker). Toutefois, cette exclusion est beaucoup moins générale qu’elle puisse d’abord le paraître, puisque de nombreux crimes, comme les voies de fait et le vol, constituent également des délits. D’autres crimes, comme la corruption, pourraient aussi ouvrir droit à action sur le fondement du délit de complot exercé par des moyens illégaux (voir P. W. Lee, « Causing Loss by Unlawful Means », [2011] *S.J.L.S.* 330, p. 349 (note de bas de page 115)). La possibilité qu’une conduite immorale ou malveillante ne donne lieu à aucun recours pour délit économique découle simplement de la conception anglo-canadienne du rôle limité de la common law. Il s’agit du prix à payer pour assurer la certitude dans ce domaine.

[76] Je conclus que par « moyen illégal » à l’égard de ce délit on entend la conduite qui donne au tiers une cause d’action civile ou lui en donnerait une si elle lui avait causé une perte.

(2) Le demandeur peut-il invoquer le délit uniquement si l’inconduite reprochée ne fonde aucune autre cause d’action contre le défendeur?

[77] Les appelants exhortent la Cour à statuer que le délit d’atteinte par un moyen illégal, parce que sa fonction consiste à combler une lacune, ne devrait fonder une action que lorsque la conduite du défendeur ne fournit aucune autre cause d’action au demandeur. C’est la conclusion à laquelle est arrivée la Cour d’appel en l’espèce et c’est également la position qui a été adoptée par la Cour d’appel de l’Ontario et d’autres tribunaux canadiens. Dans *Correia*, par exemple, le moyen illégal invoqué par le demandeur ouvrait droit à une action directe pour négligence contre l’une des parties défenderesses et, dans *Alleslev-Krofchak*, il permettait une

the plaintiffs' claims for causing loss by unlawful means failed: see also *Westcoast Landfill Diversion Corp. v. Cowichan Valley (Regional District)*, 2009 BCSC 53, 55 M.P.L.R. (4th) 208, at paras. 379-87; *0856464 B.C. Ltd. v. TimberWest Forest Corp.*, 2012 BCSC 597, 89 C.B.R. (5th) 235, at para. 47; *Canuck Security Services Ltd. v. Gill*, 2013 BCSC 893 (CanLII), at paras. 188-89. On this view, the tort exists "to fill a gap where no action could otherwise be brought for intentional conduct that caused harm through the instrumentality of a third party": *Correia*, at para. 107. The question is whether we should accept this limitation on the scope of the unlawful means tort. My view is that, for several reasons, we should not.

[78] This limitation seems to me to be wrong in principle. The gist of the tort is the targeting of the plaintiff by the defendant through the instrumentality of unlawful acts against a third party. It is that conduct by the defendant which gives rise to liability quite apart from conduct that may be otherwise actionable by the plaintiff. Moreover, general principles of tort liability accept concurrent liability and overlapping causes of action for distinct wrongs suffered by the plaintiff in respect of the same incident: see, e.g., *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147. Finally, and as I explained earlier, this limitation is premised on an unduly narrow understanding of the "gap-filling" function of the tort. A gap need not be a void.

[79] I do not read *Central Canada Potash* as being contrary to this conclusion. That was a two-party intimidation case and the Court held that the plaintiff could not succeed on the intimidation claim because it was "a party to the contract which it says was threatened to be breached . . . and would have been entitled to pursue its contractual remedies had that contract been illegally breached": p. 87, *per* Martland J. for the Court. However, the Court distinguished two-party intimidation from three-party intimidation and made it clear that the rationale for its holding was limited to two-party cases

poursuite directe pour diffamation; c'est pourquoi les prétentions des demandeurs fondées sur la perte causée par un moyen illégal n'ont pas été accueillies (voir aussi *Westcoast Landfill Diversion Corp. c. Cowichan Valley (Regional District)*, 2009 BCSC 53, 55 M.P.L.R. (4th) 208, par. 379-387; *0856464 B.C. Ltd. c. TimberWest Forest Corp.*, 2012 BCSC 597, 89 C.B.R. (5th) 235, par. 47; *Canuck Security Services Ltd. c. Gill*, 2013 BCSC 893 (CanLII), par. 188-189). Selon cette conception, le délit vise à [TRADUCTION] « combler une lacune lorsqu'aucune autre action ne pourrait être intentée à l'égard d'une conduite intentionnelle qui a causé un préjudice par l'intermédiaire d'un tiers » (*Correia*, par. 107). Convient-il que la Cour accepte de limiter ainsi la portée du délit d'atteinte par un moyen illégal? J'estime que non, pour les raisons que voici.

[78] Cette limitation me semble fondamentalement erronée. L'essence de ce délit est le fait pour le défendeur de prendre pour cible le demandeur par l'intermédiaire d'actes illégaux commis contre un tiers. C'est cette conduite qui emporte la responsabilité du défendeur, indépendamment des actes qui pourraient par ailleurs donner au demandeur matière à procès. Qui plus est, la responsabilité concurrente et le chevauchement de causes d'action pour des préjudices distincts subis par le demandeur lors d'un même incident sont des notions reçues en droit de la responsabilité délictuelle (voir, p. ex., *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147). Enfin, comme je l'explique précédemment, cette limitation procède d'une conception trop étroite de la fonction du délit consistant à combler une lacune. Une lacune n'est pas nécessairement un vide.

[79] Tel que je l'interprète, l'arrêt *Central Canada Potash* ne s'oppose pas à cette conclusion. Dans cette affaire d'intimidation mettant en cause deux parties, la Cour a débouté la demanderesse, qui invoquait l'intimidation par le défendeur parce qu'elle était « partie au contrat que, selon elle, on menaçait de violer [. . .] et elle aurait disposé de recours en vertu du contrat en cas de rupture illégale » (p. 87, le juge Martland, au nom de la Cour). Toutefois, la Cour établit une distinction entre l'intimidation mettant en cause deux parties et celle qui en met en cause trois. Elle précise que

arising from threats to breach a contract between those two parties: pp. 87-88. The underpinning for the Court’s holding does not apply to a three-party unlawful means action.

[80] The “not otherwise actionable” requirement is not consistent with the majority view in *OBG* and can be awkward to apply in practice. In *OBG*, Lord Hoffmann accepted that it would be possible for there to be concurrent liability for inducing breach of contract and causing loss by unlawful means, as where the defendant threatens to break his or her contract with the third party in order to convince the third party to breach a separate contract with the plaintiff. Such a scenario might trigger liability both for the tort of inducing a breach of contract and the unlawful means tort, a result which is inconsistent with the “not otherwise actionable” requirement: see *OBG*, at para. 21. In addition, the “not otherwise actionable” requirement could give rise to some nice questions about whether some other cause of action that might be available to the plaintiff provides an adequate remedy for the loss.

[81] Finally, this limitation is not necessary to ensure that the unlawful means tort is kept within its proper bounds. The restrictions on the “unlawful means” and intention components of the unlawful means tort that I propose mean that it will rarely, if ever, be more advantageous to a plaintiff to plead the unlawful means tort rather than another available cause of action.

[82] I would therefore not limit liability for the unlawful means tort to situations in which the defendant’s conduct is not otherwise actionable by the plaintiff.

(3) Should the “Unlawfulness” Requirement Be Subject to Principled Exceptions?

[83] The Court of Appeal, while adopting a narrow view of the unlawful means requirement, held that it must be subject to principled exceptions.

sa conclusion ne concerne que les situations où il y a menace de rupture du contrat liant deux parties (p. 87-88). Le raisonnement qui sous-tend la décision de la Cour ne s’applique pas à une action pour atteinte par un moyen illégal mettant en cause trois parties.

[80] L’exigence relative à l’absence d’une autre cause d’action ne cadre pas avec l’opinion majoritaire dans *OBG* et peut être difficile à appliquer en pratique. Dans *OBG*, lord Hoffmann a accepté la possibilité qu’inciter à rompre un contrat et causer une perte par un moyen illégal emportent une responsabilité concurrente, par exemple lorsque le défendeur menace un tiers de rupture de contrat pour amener ce dernier à briser ses liens contractuels avec le demandeur. Dans un tel scénario, le défendeur peut avoir engagé sa responsabilité à l’égard tant du délit d’incitation à rupture de contrat que du délit d’atteinte par un moyen illégal, un résultat incompatible avec l’exigence relative à l’absence d’une autre cause d’action (voir *OBG*, par. 21). En outre, cette exigence pourrait donner lieu à des questions délicates sur la possibilité qu’une autre cause d’action procure une réparation adéquate au demandeur.

[81] Enfin, cette limitation n’est pas nécessaire pour confiner le délit d’atteinte par un moyen illégal dans la sphère qui est la sienne. Les restrictions que je propose aux éléments du délit que sont le « moyen illégal » et l’intention feront en sorte qu’un demandeur aura rarement, voire jamais, avantage à invoquer le délit d’atteinte par un moyen illégal plutôt qu’une autre cause d’action possible.

[82] Je suis donc d’avis de ne pas restreindre l’application du délit d’atteinte par un moyen illégal aux situations où le demandeur ne dispose d’aucune autre cause d’action contre le défendeur.

(3) Le critère du caractère « illégal » admet-il des exceptions de principe?

[83] La Cour d’appel a adopté une conception étroite du critère du moyen illégal, mais a jugé qu’il était assujéti à des exceptions de principe. Elle

The court found that this case falls within such an exception because the appellants' conduct was akin to the tort of abuse of process. As Robertson J.A. put it for the court, "the intentional erection of legal barriers, some of which are enforceable through statutory processes not subject to prior judicial authorization, in circumstances where those barriers rest on rights fabricated with arguments of sand" falls within the ambit of the unlawful means tort: para. 82. This approach was intended to provide judges with some "wobble room" to respond "adequately" to unanticipated factual scenarios or changing circumstances: para. 81.

[84] I respectfully disagree with this approach and would hold that there are no exceptions to the scope of liability which I propose for the unlawful means tort.

[85] My difficulty with the "principled exception" approach is that I cannot, with respect, find any principle on which it is based. Providing trial judges with "wobble room" to deal "adequately" with cases that do not fall within the scope of the tort's liability simply confers an unstructured judicial discretion to do what appears to the particular judge to be just in the particular circumstances. This to me is the antithesis of a principled approach and, if adopted, it would largely undercut the efforts to give a certain and narrow ambit to the tort. Allowing for exceptions without clearly outlining the principles to guide the development of the law invites the danger of *ad hoc* decisions tailored to achieve a vision of commercial morality — precisely the danger which the unlawful means requirement is meant to avoid.

[86] I conclude that for the purposes of the unlawful means tort, the defendant's means are "unlawful" if they support a civil action for damages or compensation by the third party, or would do so except for the fact that the third party did not suffer

a conclu que la présente affaire appelait l'application d'une telle exception parce que la conduite des appelants était assimilable au délit d'abus de procédure. Ainsi que l'explique le juge Robertson, au nom de la cour : « . . . la mise en place intentionnelle de barrières juridiques, dont certaines sont exécutoires du fait de mécanismes prévus par la loi ne nécessitant aucune autorisation judiciaire préalable, dans des circonstances où ces barrières reposent sur des droits fabriqués au moyen d'arguments faits de sable » relève du délit d'atteinte par un moyen illégal (par. 82). Ce raisonnement visait à donner aux juges une « marge de manœuvre » leur permettant de répondre « convenablement » à des situations factuelles imprévues ou à ce qu'exigent les circonstances (par. 81).

[84] Je ne puis souscrire à ce raisonnement, et j'estime qu'il n'existe pas d'exception au cadre de responsabilité que je propose d'appliquer au délit d'atteinte par un moyen illégal.

[85] Le raisonnement permettant l'application d'« exceptions de principe » pose problème parce qu'il ne repose, à mon avis, sur aucun principe. Donner aux juges de première instance une « marge de manœuvre » permettant de régler « convenablement » les affaires débordant le cadre de la responsabilité qu'emporte ce délit ne fait que conférer aux juges un pouvoir discrétionnaire non structuré les autorisant à ordonner les mesures leur paraissant justes dans les circonstances particulières. Selon moi, il s'agit de l'antithèse d'une approche fondée sur des principes. Si elle était retenue, elle contrecarrerait dans une large mesure les efforts déployés pour donner au délit une portée étroite et certaine. Autoriser des exceptions sans définir précisément les principes devant guider l'évolution du droit expose au danger de jugements d'espèce rendus en fonction d'une certaine conception de l'éthique commerciale, précisément ce que le critère du moyen illégal vise à éviter.

[86] Je conclus que, s'agissant du délit d'atteinte par un moyen illégal, est « illégal » le moyen utilisé par le défendeur si le tiers peut l'invoquer au soutien d'un recours civil en compensation financière ou le pourrait s'il avait subi une perte. Il n'est



any loss as a result of the defendant's acts. There is no requirement that these acts not be otherwise actionable by the plaintiff against the defendant and there are no exceptions to the scope of the liability imposed by this approach.

[87] In Lord Hoffmann's reasons in *OBG*, he added a further requirement to the unlawful means tort, namely that the unlawful means employed must interfere with the third party's freedom to deal with the plaintiff: paras. 51-54. Lord Hoffmann held that without such a limitation, "there is a danger that it will provide a cause of action based on acts which are wrongful only in the irrelevant sense that a third party has a right to complain if he chooses to do so": para. 56. This additional requirement has not been included in the formulation of the tort adopted by Canadian appellate decisions that otherwise approve of Lord Hoffmann's approach to the unlawful means tort, although the point was not specifically at issue in those cases: see *Correia, O'Dwyer*, and *Alleslev-Krofchak*. It has also been roundly criticized by commentators: see Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2nd ed.), at pp. 97-98; Kain and Alexander, at pp. 181-82; Deakin and Randall, at pp. 548-49. Respectfully, I do not find this additional requirement helpful in outlining the proper bounds of the unlawful means tort. This requirement is not supported either by the authorities or by the rationale for imposing liability. Whether the unlawful means interfere with the plaintiff's right to deal with the injured third party or with some other party, the fact that the defendant aims at the plaintiff provides a sufficient nexus between the unlawful means and the interests of the plaintiff to justify imposing liability. Rather than resort to this additional "freedom to deal" qualification, I prefer to limit the scope of the unlawful means tort through a narrow approach to both the unlawful means component, as discussed above, and the intention component, as discussed below.

pas nécessaire que les actes commis ne fournissent pas au demandeur d'autre cause d'action contre le défendeur, et aucune exception ne s'applique au cadre de responsabilité défini suivant ce raisonnement.

[87] Dans ses motifs dans *OBG*, lord Hoffmann assortit le délit d'atteinte par un moyen illégal d'un critère supplémentaire, à savoir que le moyen illégal utilisé porte atteinte à la liberté du tiers de faire des affaires avec le demandeur (par. 51-54). Lord Hoffmann est d'avis que sans une telle limite, [TRADUCTION] « il existe un danger de créer un droit d'action fondé sur des actes qui ne sont fautifs que dans la mesure, non pertinente, où ils donnent à un tiers le droit de s'en plaindre s'il le veut » (par. 56). Ce critère supplémentaire n'est pas entré dans la définition du délit formulée par les cours d'appel canadiennes dans les décisions où elles approuvent par ailleurs l'analyse du délit d'atteinte par un moyen illégal proposée par lord Hoffmann, même si ce point précis n'était pas en litige dans ces affaires (voir *Correia, O'Dwyer* et *Alleslev-Krofchak*). Ce critère a également fait l'objet de vives critiques de la part d'auteurs (voir Carty, *An Analysis of the Economic Torts* (2<sup>e</sup> éd.), p. 97-98; Kain et Alexander, p. 181-182; Deakin et Randall, p. 548-549). J'estime que ce critère n'est d'aucune utilité lorsqu'il s'agit de circonscrire le délit d'atteinte par un moyen illégal. Il ne repose sur aucune source et n'intéresse pas les raisons pour lesquelles la responsabilité s'impose. Qu'importe si le moyen illégal a eu pour effet de porter atteinte au droit du demandeur de faire des affaires avec la partie lésée ou avec une autre partie, le fait que le défendeur ait pris le demandeur pour cible constitue un lien suffisant entre le moyen illégal et les intérêts du demandeur, de sorte que conclure à la responsabilité dans ce cas serait justifié. Plutôt que d'invoquer ce critère supplémentaire de la « liberté de faire des affaires », je préconise de limiter la portée du délit d'atteinte par un moyen illégal par le truchement d'une définition étroite des éléments du délit que sont le moyen illégal, comme je l'explique précédemment, et l'intention, que j'explique plus loin.

(4) Application to This Case

[88] The Court of Appeal concluded that there was no wrong that would be actionable by the third party (the prospective purchasers) against the appellants, and the respondents do not point to one: paras. 79 and 83.

[89] Accordingly, I conclude that the appellants cannot be found liable to the respondents on the basis of the unlawful means tort.

(5) Did the Court of Appeal Err in Finding That the Defendants Had the Required Knowledge for the Unlawful Means Tort?

[90] The trial judge found that the appellants had unlawfully interfered with the sale of the property in various ways. The appellants contend, however, that none of this activity can sustain liability because there was no proof that they had appropriate knowledge of the existence of any business relationship between the respondents and prospective purchasers. The appellants submit that they must be shown to have had actual knowledge of the relationship between prospective purchasers, such as Greenarm Developments Ltd., and the respondents and that the record does not support such a finding.

[91] Given my conclusion that the unlawful means tort was not available to the respondents in this case, it is not strictly speaking necessary to address this issue. However, it will be helpful to do so.

[92] In my opinion, the appellants' submission is premised on a faulty view of the elements of the unlawful means tort.

[93] I do not agree with the Court of Appeal that the existence of a valid business relationship between the plaintiff and the third party and the defendant's knowledge of that relationship are essential elements of the unlawful means tort.

(4) Application à l'espèce

[88] La Cour d'appel a conclu à l'absence d'une faute donnant au tiers (les acheteurs potentiels) matière à procès contre les appelants, et les intimées n'en invoquent aucune (par. 79 et 83).

[89] J'estime par conséquent qu'on ne saurait conclure à la responsabilité des appelants à l'endroit des intimées sur le fondement du délit d'atteinte par un moyen illégal.

(5) La Cour d'appel a-t-elle conclu à tort que les défendeurs avaient la connaissance nécessaire que requiert le délit d'atteinte par un moyen illégal?

[90] Le juge de première instance a conclu que les appelants avaient illégalement entravé de diverses façons la vente de l'immeuble. Ces derniers font valoir qu'ils ne peuvent être tenus responsables à l'égard de ces actes, car rien ne prouve qu'ils avaient la connaissance voulue de l'existence de rapports commerciaux entre les intimées et les acheteurs potentiels. Ils soutiennent qu'il faut démontrer qu'ils étaient effectivement au courant des relations entre des acheteurs potentiels, comme Greenarm Developments Ltd., et les intimées, et que le dossier ne permet pas de tirer une telle conclusion.

[91] Puisque j'ai conclu que les intimées ne pouvaient invoquer le délit d'atteinte par un moyen illégal en l'espèce, il n'est pas nécessaire, à proprement parler, d'examiner cette question. J'estime toutefois cet examen utile.

[92] L'argument des appelants repose selon moi sur une conception erronée des éléments du délit d'atteinte par un moyen illégal.

[93] Je ne souscris pas à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle l'existence de rapports commerciaux valides entre le demandeur et le tiers et la connaissance de ces rapports par le défendeur sont des éléments essentiels du délit d'atteinte par

The inclusion of these elements in my view flows from confusion between the unlawful means tort and the tort of inducing breach of contract. It is now commonly accepted that for the latter, the plaintiff must prove that the defendant actually understood that he or she was procuring a breach of contract: see, e.g., *OBG*, at para. 39, *per* Lord Hoffmann. The position is different, however, in the unlawful means tort, the focus of which is unlawful conduct that intentionally harms the plaintiff's economic interests. There need be no contract or even other formal dealings between the plaintiff and the third party so long as the defendant's conduct is unlawful and it intentionally harms the plaintiff's economic interests. In this case, it was more than sufficient that the appellants were shown to know that "various persons were negotiating with the majority of investors" (C.A. reasons, at para. 75) for the purchase of the premises and that the allegedly unlawful acts were committed with the intention to cause economic harm to the respondents.

[94] It may be helpful to add a few words about the intention requirement for the unlawful means tort, given that there is some confusion about it: see Carty, "The Economic Torts in the 21st Century", at pp. 658-59; Podolny, at pp. 79-80; Kain and Alexander, at p. 135; Osborne, at pp. 336-37.

[95] The Court of Appeal of England in *Douglas v. Hello! Ltd.*, [2005] EWCA Civ 595, [2005] 4 All. E.R. 128, one of the appeals heard with *OBG*, identified five types of intention which might be relevant in this context: (a) an intention to cause economic harm to the claimant as an end in itself; (b) an intention to cause economic harm to the claimant because it is a necessary means of achieving an end that serves some ulterior motive; (c) knowledge that the course of conduct undertaken will have the inevitable consequence of causing the claimant economic harm; (d) knowledge that the course of conduct will probably

un moyen illégal. Cette opinion découle à mon avis d'une confusion entre le délit d'atteinte par un moyen illégal et celui d'incitation à rupture de contrat. Il est à présent généralement reconnu que, dans ce dernier cas, le demandeur doit prouver que le défendeur était conscient de provoquer une rupture de contrat (voir, p. ex., *OBG*, par. 39, le lord Hoffmann). Il n'en va pas de même, toutefois, pour le délit d'atteinte par un moyen illégal, dont l'élément fondamental est la conduite illégale causant un préjudice intentionnel aux intérêts économiques du demandeur. L'existence d'un contrat n'est pas nécessaire, ni même l'existence d'autres relations d'affaires officielles entre le demandeur et le tiers; il suffit que la conduite du défendeur soit illégale et qu'elle cause un préjudice intentionnel aux intérêts économiques du demandeur. En l'espèce, il a été démontré que les appelants savaient que « différentes personnes étaient en train de négocier avec les investisseuses majoritaires » (motifs de la C.A., par. 75) en vue de l'achat de l'immeuble et qu'ils avaient l'intention de nuire aux intérêts économiques des intimées par le truchement des actes prétendument illégaux commis, ce qui suffisait amplement.

[94] Il pourrait s'avérer utile d'ajouter quelques précisions au sujet de l'intention exigée à l'égard du délit d'atteinte par un moyen illégal, étant donné qu'une certaine confusion semble régner sur ce point (voir Carty, « The Economic Torts in the 21st Century », p. 658-659; Podolny, p. 79-80; Kain et Alexander, p. 135; Osborne, p. 336-337).

[95] Dans *Douglas c. Hello! Ltd.*, [2005] EWCA Civ 595, [2005] 4 All. E.R. 128, l'un des appels entendus en même temps qu'*OBG*, la Cour d'appel d'Angleterre a énuméré cinq types d'intention pouvant s'appliquer dans ce contexte : a) l'intention de causer un préjudice économique au demandeur comme fin en soi; b) l'intention de causer un préjudice économique au demandeur comme moyen nécessaire pour parvenir à une fin qui sert un but inavoué; c) la connaissance que la conduite aura inévitablement pour conséquence de causer un préjudice économique au demandeur; d) la connaissance que la conduite causera probablement

cause the claimant economic harm; (e) knowledge that the course of conduct undertaken may cause the claimant economic harm coupled with reckless indifference as to whether it does or not: para. 159. In my opinion, the first two of these species of intention represent the core intention required for the unlawful means tort. They describe cases in which the tortfeasor is “aiming at” or “targeting” the plaintiff: see Carty, “The Economic Torts in the 21st Century”, at p. 654. This is the approach favoured by the majority of commentators as well as by the cases: see, e.g., Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, at pp. 80-82; Podolny, at p. 70; Kain and Alexander, at pp. 181-82; *Correia*, at para. 101. It is the intentional targeting of the plaintiff by the defendant that justifies stretching the defendant’s liability so as to afford the plaintiff a cause of action. It is not sufficient that the harm to the plaintiff be an incidental consequence of the defendant’s conduct, even where the defendant realizes that it is extremely likely that harm to the plaintiff may result. Such incidental economic harm is an accepted part of market competition.

[96] Goudge J.A. put this point aptly in *Alleslev-Krofchak*, where he summarized the House of Lords’ discussion in *OBG*:

. . . intentional interference with economic relations requires that the defendant intend to cause loss to the plaintiff, either as an end in itself or as a means of, for example, enriching himself. If the loss suffered by the plaintiff is merely a foreseeable consequence of the defendant’s actions, that is not enough. [para. 50]

[97] In my view, this narrow approach to intention is consistent both with the policy concerns relevant to this area of law as well as the underlying “liability stretching” rationale for the tort. It is an important safeguard against attaching liability to vigorous but lawful competitive behaviour. Economic harm to a competitor is often a foreseeable consequence of such behaviour. Mere foreseeability of such harm

un préjudice économique au demandeur; e) la connaissance que la conduite causera peut-être un préjudice économique au demandeur, assortie d’une insouciance téméraire à l’égard de cette possibilité (par. 159). Les deux premiers types constituent à mon sens l’intention fondamentale propre à constituer le délit d’atteinte par un moyen illégal. Ils renvoient à des situations où l’auteur du délit « vise » ou « prend pour cible » le demandeur (voir Carty, « The Economic Torts in the 21st Century », p. 654). C’est la définition retenue par la majorité des auteurs et dans la jurisprudence (voir, p. ex., Carty, *An Analysis of the Economic Torts*, p. 80-82; Podolny, p. 70; Kain et Alexander, p. 181-182; *Correia*, par. 101). C’est le fait pour le défendeur de prendre intentionnellement pour cible le demandeur qui justifie l’élargissement du champ de la responsabilité du premier de manière à fournir au demandeur une cause d’action. Il ne suffit pas que la conduite du défendeur cause incidemment un préjudice au demandeur, même lorsque le premier est conscient de la probabilité extrêmement élevée qu’il en résulte un préjudice. Ce type de préjudice économique incident constitue une condition acceptée de la libre concurrence.

[96] Comme le juge Goudge l’a exprimé avec justesse au par. 50 de l’arrêt *Alleslev-Krofchak* dans lequel il résume l’analyse effectuée par la Chambre des lords dans *OBG* :

[TRADUCTION] . . . l’atteinte intentionnelle aux rapports économiques commande que le défendeur ait l’intention de causer une perte au demandeur, comme une fin en soi ou comme un moyen pour parvenir à une autre fin, s’enrichir par exemple. Si la perte subie par le demandeur n’est qu’une conséquence prévisible des actions du défendeur, la condition n’est pas remplie.

[97] Selon moi, cette conception étroite de l’intention s’harmonise à la fois avec les considérations d’intérêt public qui jouent dans ce domaine du droit et avec le fondement intéressant l’« extension du champ de la responsabilité » qui sous-tend ce délit. Elle offre une importante garantie contre le risque que des actes concurrentiels énergiques, mais légaux, entraînent la responsabilité délictuelle.

does not meet the requirement for intention in the unlawful means tort.

B. *If the Unlawful Means Tort Is Not Available, Are the Appellants Otherwise Liable?*

[98] Given the conclusion I have reached on the question of liability for the unlawful means tort, I have to confront the final issue: Did the respondents establish liability for breach of fiduciary duty and is that issue properly before us?

[99] In my view, they did and it is. Alan Schelew was a director of both of the respondent corporations. The record is clear that he breached his fiduciary duty to the respondent corporations to act in good faith in the interests of the corporations and the point was argued before us.

[100] As the Court of Appeal noted, the respondents did not plead breach of fiduciary duty in their statement of claim: para. 10. However, the same may be said about all other causes of action. The pleading was purely factual and did not set out any legal basis for the claim for relief. However, the alleged breaches of fiduciary duty were clearly live issues at the trial as is apparent from the respondents' pre- and post-trial briefs.

[101] Contrary to the conclusion of the Court of Appeal, the trial judge made numerous clear and specific findings with respect to Alan Schelew's breach of his fiduciary obligations to the respondent companies of which he was a director. Examples include:

L'infliction d'un préjudice économique à un concurrent constitue souvent une conséquence prévisible de tels actes. La seule prévisibilité du préjudice ne suffit pas pour constituer l'intention que requiert le délit d'atteinte par un moyen illégal.

B. *Si le délit d'atteinte par un moyen illégal ne peut être invoqué, les appelants peuvent-ils être tenus responsables sur un autre fondement?*

[98] Comme j'ai tranché la question de la responsabilité quant au délit d'atteinte par un moyen illégal, je dois aborder la dernière question : les intimées ont-elles établi que les appelants avaient engagé leur responsabilité pour avoir manqué à une obligation fiduciaire, et la Cour est-elle saisie régulièrement de cette question?

[99] À mon avis, il faut répondre par l'affirmative aux deux membres de la question. Alan Schelew était administrateur des deux sociétés intimées. La preuve indique clairement qu'il a manqué à l'égard des deux sociétés à l'obligation fiduciaire lui imposant d'agir de bonne foi dans leur intérêt, et la question a été débattue devant notre Cour.

[100] Comme la Cour d'appel l'a signalé, les intimées n'ont pas invoqué le manquement à l'obligation fiduciaire dans leur déclaration (par. 10). On peut toutefois dire la même chose de toutes les autres causes d'action. Leur déclaration était purement factuelle et n'exposait pas le fondement juridique de la réparation demandée. Cependant, les manquements reprochés à l'obligation fiduciaire étaient clairement en litige lors de l'instruction, comme en font foi les mémoires des intimées préalable et postérieur au procès.

[101] Contrairement à la Cour d'appel, le juge de première instance a formulé de nombreuses conclusions claires et précises concernant les manquements d'Alan Schelew à l'obligation fiduciaire à laquelle il était astreint à l'égard des sociétés intimées en tant qu'administrateur de celles-ci, notamment :

- At paras. 233-34, the trial judge found that by attempting to invoke the arbitration process, Alan Schelew had acted in a way that violated his obligations as a director of Bram and Jamb;
- At paras. 243 and 247-48, the trial judge found that the appellants' defence, long after there was any legal basis to do so, of a "Notice of its first right of refusal" which they had registered against the property was a tactic that had no lawful basis and which was a "blatant breach of [Alan Schelew's] fiduciary obligations as director in Jamb and Bram";
- At para. 254, the trial judge concluded that the appellants' filing of a "second encumbrance" against the property, this time a certificate of pending litigation, based on the "bogus" arbitration process was another "illegitimate and unjustified measure" that constituted a further breach of Alan Schelew's fiduciary duty to Bram and Jamb;
- At paras. 262-65, the trial judge found that Alan Schelew's role in impeding access to the building by a potential purchaser was in breach of fiduciary duties to Bram and Jamb;
- At paras. 270-71, the trial judge found that "Alan [Schelew] . . . would in fact take whatever steps were necessary to prevent the sale of 99 Joyce to anyone other than himself" and that he "was resolved in not letting his director's fiduciary duties in Bram and Jamb interfere in his plan".
- en tentant de recourir à l'arbitrage, il avait agi à l'encontre de ses obligations d'administrateur de Bram et de Jamb (par. 233-234);
- la défense invoquée par les appelants, longtemps après l'expiration du délai juridique, reposant sur l'enregistrement contre l'immeuble d'un [TRADUCTION] « avis d'un droit de premier refus », était une tactique dépourvue de fondement en droit et « manifestement contraire [aux] obligations fiduciaires [d'Alan Schelew] en tant qu'administrateur de Jamb et de Bram » (par. 243 et 247-248);
- le dépôt d'un [TRADUCTION] « deuxième grèvement » contre l'immeuble, à savoir un certificat d'affaire en instance, se rapportant au processus d'arbitrage « bidon » était une autre « mesure illégitime et injustifiée » constituant un manquement supplémentaire à l'obligation fiduciaire d'Alan Schelew envers Bram et Jamb (par. 254);
- le fait qu'Alan Schelew ait empêché l'accès d'un acheteur potentiel à l'immeuble contrevenait à son obligation fiduciaire envers Bram et Jamb (par. 262-265);
- [TRADUCTION] « Alan [Schelew] [. . .] était prêt à faire tout ce qu'il fallait pour empêcher l'acquisition du 99 Joyce par quelqu'un d'autre que lui » et il « était résolu à ne pas laisser son obligation fiduciaire à titre d'administrateur de Bram et de Jamb contrecarrer son plan » (par. 270-271).

[102] The fiduciary duty point was argued in this Court. The appellants submitted, in my view correctly, that the trial judge made numerous specific findings with respect to Alan Schelew's breach of his fiduciary obligations to the respondents. These submissions were in support of their position that this excluded their liability for the unlawful means tort because the wrong was otherwise actionable by the respondents: A.F., at para. 87. The respondents submitted that if Alan Schelew breached his

[102] La question de l'obligation fiduciaire a été débattue devant nous. Les appelants font valoir, à bon droit selon moi, que le juge du procès a tiré de nombreuses conclusions précises au sujet des manquements d'Alan Schelew à son obligation fiduciaire envers les intimés. Cet argument soutenait à leur avis leur thèse selon laquelle ils n'avaient pas engagé leur responsabilité pour atteinte par un moyen illégal, parce que l'acte fautif fournissait une autre cause d'action aux intimés

fiduciary duty and these breaches were sufficient for the trial judge to have issued judgment on that basis, then it is open to this Court to affirm the judgment against Alan Schelew on that basis. As the respondents put it, “[t]he Appellants cannot assert the findings of the trial judge were sufficient to ground liability for breach of fiduciary duty, while at the same time trying to escape liability from same”: R.F., at para. 125.

[103] I agree with the respondents on this point.

[104] No one disputes that Alan Schelew had a fiduciary duty as a director of Bram and Jamb. Although there was a certain conflict of interest inherent between that role and his role, through his company A.I., as building manager, it cannot be suggested that this permitted him to take groundless legal steps to obstruct the sale in order to further his personal interests.

[105] The trial judge’s assessment of damages is not challenged on appeal. The breaches of fiduciary duty are precisely the same acts which the trial judge found to constitute the unlawful means for the purposes of the unlawful means tort. The breaches of fiduciary duty resulted in Alan Schelew’s company, A.I., acquiring Bram and Jamb’s units under the Syndication Agreement as well their shares in Joyce. The trial judge found as a fact that but for Alan Schelew’s conduct, the building would have been sold to a third party for \$2.58 million: para. 327. Whether the compensation is viewed as being aimed at restoring the respondents’ loss or requiring the appellants to disgorge the gain obtained by Alan Schelew’s breach of fiduciary duty, the assessment of compensation remains the same. While the appellant, A.I., was not a fiduciary, Alan Schelew was its sole director and shareholder and it is therefore liable for knowing assistance in the breach of fiduciary duty and knowing receipt of

(m.a., par. 87). Les intimées soutiennent que si Alan Schelew avait manqué à son obligation fiduciaire et que les manquements étaient suffisants pour que le juge de première instance rende jugement sur ce fondement, il est loisible à la Cour de confirmer ce jugement contre Alan Schelew. Comme elles l’ont exposé, [TRADUCTION] « [L]es appelants ne peuvent d’une part affirmer que les conclusions du juge de première instance suffisaient pour fonder une conclusion de responsabilité pour manquement à l’obligation fiduciaire et d’autre part tenter de se soustraire à cette même responsabilité » (m.i., par. 125).

[103] Je donne raison aux intimées sur ce point.

[104] Personne ne conteste que sa fonction d’administrateur de Bram et de Jamb imposait à Alan Schelew une obligation fiduciaire. Bien qu’un certain conflit d’intérêts découle du cumul de cette fonction et de celle de gestionnaire de l’immeuble qu’il exerçait par l’intermédiaire de sa société, A.I., on ne saurait laisser entendre que cela l’autorisait à prendre des mesures juridiques sans fondement pour faire obstacle à la vente afin de servir ses propres intérêts.

[105] Le montant des dommages-intérêts établi par le juge de première instance n’a pas été contesté en appel. Les manquements à l’obligation fiduciaire sont les actes mêmes qui constituaient, selon le juge de première instance, le moyen illégal au sens où il faut l’entendre pour l’application du délit d’atteinte par un moyen illégal. En raison de ces manquements, la société d’Alan Schelew, A.I., a acquis les parts de Bram et de Jamb aux termes de l’entente de syndication ainsi que les actions de celles-ci dans Joyce. Le juge de première instance a tiré la conclusion de fait selon laquelle, n’eût été la conduite d’Alan Schelew, l’immeuble aurait été vendu à un tiers pour 2,58 millions de dollars (par. 327). Qu’on conçoive les dommages-intérêts comme une indemnisation pour la perte subie par les intimées ou comme la restitution par les appelants des gains découlant des manquements d’Alan Schelew à son obligation fiduciaire, leur montant ne change pas. Parce qu’Alan Schelew

the proceeds of the breach: see D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (4th ed. 2012), at pp. 516-23.

#### IV. Disposition

[106] I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: McInnes Cooper, Fredericton.*

*Solicitors for the respondents: Stewart McKelvey, Moncton; Supreme Advocacy, Ottawa.*

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

en était le seul administrateur et actionnaire, l'appelante A.I. a engagé sa responsabilité, bien qu'elle ne fût pas elle-même fiduciaire, pour avoir aidé en connaissance de cause à commettre des manquements à l'obligation fiduciaire et pour avoir reçu en connaissance de cause le produit de ces manquements (voir D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (4<sup>e</sup> éd. 2012), p. 516-523).

#### IV. Dispositif

[106] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants : McInnes Cooper, Fredericton.*

*Procureurs des intimées : Stewart McKelvey, Moncton; Supreme Advocacy, Ottawa.*

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



**Elizabeth Bernard** *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada and  
Professional Institute of the Public  
Service of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta,  
Public Service Alliance of Canada,  
Privacy Commissioner of Canada,  
Canadian Association of Counsel  
to Employers,  
Canadian Civil Liberties Association,  
Canadian Constitution Foundation,  
Alberta Federation of Labour,  
Coalition of British Columbia Businesses,  
Merit Canada and  
Public Service Labour  
Relations Board** *Interveners*

**INDEXED AS: BERNARD v. CANADA (ATTORNEY  
GENERAL)**

**2014 SCC 13**

File No.: 34819.

2013: November 4; 2014: February 7.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Labour relations — Administrative law — Standard of review — Unions — Representational duties — Labour relations board ordering employer to disclose home contact information of members of bargaining unit to union — Board holding that disclosure necessary to permit union to carry out representational duties — Individual employee challenging order on grounds that it violated her rights under Privacy Act and s. 2(d) of*

**Elizabeth Bernard** *Appelante*

c.

**Procureur général du Canada et  
Institut professionnel de la fonction  
publique du Canada** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
procureur général de la Colombie-Britannique,  
procureur général de l'Alberta,  
Alliance de la Fonction publique du Canada,  
Commissaire à la protection de la vie privée  
du Canada,  
Association canadienne des avocats  
d'employeurs,  
Association canadienne des libertés civiles,  
Canadian Constitution Foundation,  
Alberta Federation of Labour,  
Coalition of British Columbia Businesses,  
Merit Canada et  
Commission des relations de travail  
dans la fonction publique** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BERNARD c. CANADA (PROCUREUR  
GÉNÉRAL)**

**2014 CSC 13**

N° du greffe : 34819.

2013 : 4 novembre; 2014 : 7 février.

Présents : Les juges LeBel, Abella, Rothstein,  
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Relations du travail — Droit administratif — Norme de contrôle — Syndicats — Obligations de représentation — Ordonnance de la Commission des relations de travail pour que l'employeur communique les coordonnées résidentielles des membres d'une unité de négociation au syndicat — Décision de la Commission selon laquelle la communication est nécessaire pour que le syndicat puisse s'acquitter de ses obligations de représentation*

*Charter — Whether board’s decision determining that order did not contravene Privacy Act was reasonable — Public Service Labour Relations Act, S.C. 2003, c. 22, ss. 2, 186(1)(a) — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8(2)(a).*

B is a member of a bargaining unit in the federal public service, but does not belong to the union which has exclusive bargaining rights for her bargaining unit. In other words, she is a “Rand Formula employee” who, although not a union member, is entitled to the benefits of the collective agreement and representation by the union and is required to pay union dues. The union is the exclusive bargaining agent for all members of the bargaining unit and has representational duties — such as in collective bargaining, the grievance process, workforce adjustments, prosecuting complaints, and conducting strike votes — which are owed to all bargaining unit members, whether or not they are members of the union.

In 2005, as a result of amendments to the *Public Service Labour Relations Act* which significantly expanded the union’s representational obligations, the union sought home contact information for bargaining unit members from the employer. The employer refused. This led to complaints to the Public Service Labour Relations Board by the union alleging that the refusal to provide this information constituted an unfair labour practice. The union alleged that failure to provide it with home contact information for bargaining unit members improperly interfered with its ability to represent them. The Board decided that the employer’s failure to provide the union “with at least some of the employee contact information that it requested” was an unfair labour practice because it interfered with the representation of employees by the union.

But on remedy, the Board asked for more information about several privacy-related issues: what information the union required for its representational obligations; what employee contact information the employer had in its possession and its accuracy; and whether the employer could meet its obligation to provide information in a way

— *Ordonnance contestée par une employée qui invoque la violation de ses droits protégés par la Loi sur la protection des renseignements personnels et par l’art. 2d) de la Charte — La décision de la Commission selon laquelle l’ordonnance ne contrevenait pas à la Loi sur la protection des renseignements personnels était-elle raisonnable? — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22, art. 2, 186(1)(a) — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 8(2)(a).*

B appartient à une unité de négociation dans la fonction publique fédérale, mais n’est pas membre du syndicat investi de droits de négociation exclusifs à l’égard de cette unité. Autrement dit, elle est une « employée assujettie à la formule Rand » qui, bien qu’elle ne soit pas syndiquée, bénéficie des avantages de la convention collective, a droit à la représentation du syndicat et est tenue de verser les cotisations syndicales. Le syndicat est l’agent négociateur exclusif de tous les membres de l’unité de négociation. Il a en outre envers chacun d’entre eux — qu’ils soient ou non syndiqués — des obligations de représentation, en ce qui concerne notamment la négociation collective, la procédure relative aux griefs, le réaménagement des effectifs, la poursuite de plaintes et la tenue de votes de grève.

Par suite des modifications apportées en 2005 à la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, les obligations syndicales de représentation ont été considérablement étendues. Compte tenu de ces nouvelles obligations, le syndicat a demandé à l’employeur les coordonnées résidentielles des membres de l’unité de négociation. L’employeur a refusé. Le syndicat a donc déposé des plaintes auprès de la Commission des relations de travail dans la fonction publique dans lesquelles il alléguait que le refus de fournir ces renseignements constituait une pratique déloyale de travail. Le refus de lui fournir les coordonnées résidentielles des membres de l’unité de négociation constituait, selon lui, une entrave indue à sa capacité de les représenter. La Commission a conclu que le refus de l’employeur de donner au syndicat « au moins une partie des renseignements qu’il avait demandés » constituait une pratique déloyale de travail parce que l’employeur intervenait ainsi dans la représentation des fonctionnaires par le syndicat.

Cependant, à titre de réparation, la Commission a demandé à obtenir plus de détails relativement à plusieurs questions liées à la protection de la vie privée : De quels renseignements le syndicat avait-il besoin pour s’acquitter de ses obligations de représentation? Quelles coordonnées d’employés l’employeur avait-il en sa possession et

that reasonably addressed any concerns under the *Privacy Act*. The Board directed the parties to consult in order to determine whether they could agree on disclosure terms, failing which the Board would hold a further hearing to address the question of remedy. The parties did in fact reach an agreement about the remedy, which the Board incorporated into a consent order.

Under the terms of the agreement, the employer was required to disclose to the union, on a quarterly basis, the home mailing addresses and home telephone numbers of members of the bargaining unit, subject to a number of conditions, all of which related to the security and privacy of the information. The union undertook not to disclose the information to anyone other than the appropriate union officials; not to use, copy or compile the information for any other purpose; and to ensure that its officials who had access to the information would comply with all the provisions of the agreement. The employer and the union also agreed that they would jointly advise employees as to what information would be disclosed prior to its disclosure, and agreed on the text of that notice. An email was accordingly sent to all bargaining unit members, including B. She responded by seeking judicial review of the consent order.

The Federal Court of Appeal concluded that the Board should have considered the application of the *Privacy Act* to the disclosure of home contact information, rather than simply adopting the agreement of the parties. It therefore remitted the matter to the Board for redetermination, and directed that the Office of the Privacy Commissioner and B be given notice of the redetermination proceedings and an opportunity to make submissions. At that redetermination hearing, B's position was that disclosure of her home telephone number and address breached her privacy rights and her *Charter* right not to associate with the union.

The Board concluded that workplace contact information was insufficient to allow a bargaining agent to meet its obligations to represent all employees in the bargaining unit and that a bargaining agent had a right to contact all employees directly. It also found that there was no breach of the *Privacy Act* in disclosing home

qu'en était-il de leur exactitude? L'employeur pouvait-il satisfaire à son obligation de fournir ces renseignements d'une façon qui réponde raisonnablement à toutes les préoccupations susceptibles d'être soulevées sous le régime de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*? La Commission a ordonné aux parties de se consulter pour qu'elles déterminent si elles pouvaient s'entendre sur les modalités de la communication, faute de quoi elle tiendrait une nouvelle audience pour examiner la question de la réparation. Les parties sont bel et bien parvenues à une entente, au sujet de la réparation, que la Commission a intégrée à une ordonnance sur consentement.

Aux termes de l'entente, l'employeur devait, sous réserve de certaines conditions — toutes liées à la sécurité et au caractère privé des renseignements en cause —, communiquer tous les trimestres au syndicat les adresses postales et les numéros de téléphone à domicile des membres de l'unité de négociation. Le syndicat s'engageait à ne communiquer ces renseignements qu'aux représentants syndicaux autorisés; à ne pas les utiliser, les copier ou les compiler à d'autres fins; et à s'assurer que les personnes y ayant accès se conforment à toutes les dispositions de l'entente. L'employeur et le syndicat ont également convenu d'aviser les employés, préalablement et de façon conjointe, des renseignements qui seraient communiqués; ils se sont aussi entendus sur le texte de cet avis. Un courriel a donc été envoyé à tous les membres de l'unité de négociation, y compris B, qui a répondu par une demande de contrôle judiciaire de l'ordonnance sur consentement.

Selon la Cour d'appel fédérale, au lieu de simplement adopter l'accord conclu par les parties, la Commission aurait dû examiner l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* à la communication des coordonnées résidentielles. Elle a donc renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision, et a ordonné que le Commissariat à la protection de la vie privée et B soient avisés de la procédure de réexamen et invités à présenter des observations. Dans le cadre de l'audience en réexamen, B a fait valoir que la communication de ses adresse et numéro de téléphone à domicile portait atteinte à son droit à la vie privée ainsi qu'à son droit protégé par la *Charte* de ne pas s'associer au syndicat.

La Commission a conclu à l'insuffisance des coordonnées au travail pour permettre à l'agent négociateur de satisfaire à ses obligations de représentation envers tous les employés de l'unité de négociation et a ajouté qu'un agent négociateur a le droit de communiquer avec tous les employés directement. Elle a aussi conclu qu'il

telephone numbers and addresses to bargaining agents because that disclosure was consistent with the purpose for which the information was obtained and was, as a result, a “consistent use” of the information under s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*. But it put two additional safeguards in place: the information was to be provided to the union only on an encrypted or password-protected basis, and expired home contact information was to be appropriately disposed of after updated information was provided. Because the Board concluded that the directions of the Federal Court of Appeal required it to undertake only the assessment of the privacy rights of the employees in the bargaining unit, it did not address B’s *Charter* arguments.

B again sought judicial review. The Federal Court of Appeal concluded that the Board’s decision that the union needed employees’ home contact information in order to fulfill its representational duties was reasonable, and that the union’s use of home contact information was a “consistent use” under s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*.

*Held* (Rothstein and Moldaver JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

*Per* LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.: The standard of review applicable to the Board’s decision is reasonableness. In the labour relations context in which B’s privacy complaints arose, the Board’s decision was reasonable.

A union has the exclusive right to bargain on behalf of all employees in a given bargaining unit, including Rand employees. The union is the exclusive agent for those employees with respect to their rights under the collective agreement and the union must represent those employees fairly and in good faith. While an employee is undoubtedly free not to join the union and to decide to become a Rand employee, he or she may not opt out of the exclusive bargaining relationship, nor the representational duties that a union owes to employees.

The *Public Service Labour Relations Act* imposes a number of specific duties on a union with respect to

n’y a eu aucune violation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* lors de la communication d’adresses et de numéros de téléphone résidentiels aux agents négociateurs, parce que celle-ci était compatible avec les fins auxquelles ces renseignements avaient été recueillis et qu’elle constituait donc un « usage compatible » au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Elle a néanmoins mis en place deux mesures de protection supplémentaires, à savoir : l’obligation pour l’employeur de transmettre les renseignements au syndicat exclusivement au moyen de dispositifs cryptés ou protégés par mot de passe; et l’obligation pour le syndicat de dûment disposer des coordonnées résidentielles désuètes lorsque des renseignements à jour lui sont fournis. Ayant conclu que la Cour d’appel fédérale lui ordonnait uniquement d’examiner la question du droit à la vie privée des employés de l’unité de négociation, la Commission ne s’est pas penchée sur les arguments de B fondés sur la *Charte*.

B a présenté une nouvelle demande de contrôle judiciaire. La Cour d’appel fédérale a alors conclu que la Commission avait rendu une décision raisonnable en concluant que le syndicat avait besoin des coordonnées résidentielles des employés pour satisfaire à ses obligations de représentation et qu’il avait fait un « usage compatible » de ces renseignements au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

*Arrêt* (les juges Rothstein et Moldaver sont dissidents en partie) : Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner : La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission est celle de la décision raisonnable. Dans le contexte des relations du travail dans lequel s’inscrivent les plaintes en matière de vie privée déposées par B, la décision de la Commission était raisonnable.

Le syndicat a le droit exclusif de négocier au nom de tous les employés d’une unité de négociation donnée, y compris ceux assujettis à la formule Rand. Il est l’agent exclusif de ces employés en ce qui concerne les droits que leur confère la convention collective et il doit les représenter avec équité et bonne foi. Un employé est certes libre de ne pas adhérer au syndicat et de devenir ainsi un employé assujetti à la formule Rand; il ne dispose toutefois d’aucun droit de retrait en ce qui concerne la relation de négociation exclusive ainsi que les obligations de représentation du syndicat.

La *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* impose aux syndicats un certain nombre

employees in the bargaining unit. These include a duty to provide all employees in the bargaining unit with a reasonable opportunity to participate in strike votes and to be notified of the results of such votes. An employee cannot waive his or her right to be fairly — and exclusively — represented by the union. Given that the union owes legal obligations to all employees — whether or not they are Rand employees — and may have to communicate with them quickly, the union should not be deprived of information in the hands of the employer that could assist in fulfilling those obligations.

The union needs effective means of contacting employees in order to discharge its representational duties. Work contact information is insufficient to enable the union to carry out its duties to bargaining unit employees for a number of reasons: it is not appropriate for a bargaining agent to use employer facilities for its business; workplace communications from bargaining agents must be vetted by the employer before posting; there is no expectation of privacy in electronic communications at the workplace; and the union must be able to communicate with employees quickly and effectively. An employer can control the means of workplace communication, can implement policies that restrict all workplace communications, including with the union, and can monitor communications. In addition, the union may have representational duties to employees whom it cannot contact at work, such as employees who are on leave, or who are not at work because of a labour dispute.

The intersecting privacy concerns emerge from the *Privacy Act*. It imposes a ban on disclosure of government-held personal information, which includes home addresses and telephone numbers, subject to a number of exceptions listed in s. 8(2), including the “consistent use” exception. A use need not be identical to the purpose for which information was obtained in order to fall under s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*; it must only be consistent with that purpose. There need only be a sufficiently direct connection between the purpose and the proposed use, such that an employee would reasonably expect that the information could be used in the manner proposed. The union needed employee home contact information to represent the interests of employees, a use consistent with the purpose for which the government employer collected the information, namely, to contact employees about the terms and conditions of their

d’obligations précises à l’égard des employés d’une unité de négociation donnée, notamment celle de leur donner la possibilité de participer aux votes de grève et d’être informés des résultats de ceux-ci. Un employé ne peut renoncer à son droit d’être représenté de façon équitable — et exclusive — par le syndicat. Compte tenu de ses obligations légales envers tous les employés — qu’ils soient ou non des employés assujettis à la formule Rand — et du fait qu’il peut avoir à communiquer rapidement avec eux, le syndicat ne devrait pas être privé des renseignements dont dispose l’employeur et qui sont susceptibles de l’aider à s’acquitter de ces obligations.

Pour pouvoir s’acquitter de ses obligations de représentation, le syndicat doit disposer de moyens efficaces de communiquer avec les employés. Les coordonnées des employés au travail sont insuffisantes pour permettre au syndicat de satisfaire à ses obligations envers les employés de l’unité de négociation, et ce, pour plusieurs raisons : il n’est pas convenable que l’agent négociateur utilise les installations de l’employeur pour mener ses activités; les informations que les agents négociateurs souhaitent communiquer au travail doivent être examinées par l’employeur avant d’être diffusées; les communications électroniques effectuées au travail ne donnent lieu à aucune attente en matière de respect de la vie privée; et le syndicat doit pouvoir communiquer avec les employés rapidement et efficacement. Un employeur peut contrôler les moyens de communication au travail, mettre en application des politiques restreignant toutes les communications échangées au travail, y compris celles avec le syndicat, et surveiller celles-ci. De plus, le syndicat peut avoir des obligations de représentation envers des employés avec lesquels il ne peut communiquer au travail, notamment des employés en congé ou absents en raison d’un conflit de travail.

Des préoccupations quant au respect de la vie privée découlent de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Celle-ci interdit la communication de renseignements personnels détenus par le gouvernement — lesquels comprennent les adresses et numéros de téléphone à domicile —, sous réserve d’un certain nombre d’exceptions énumérées à son par. 8(2), dont celle de l’« usage compatible ». Pour qu’il soit visé par l’al. 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, l’usage n’a pas à être identique aux fins auxquelles les renseignements ont été recueillis; il n’a qu’à être compatible avec celles-ci. Il suffit qu’il existe un lien suffisamment direct entre les fins et l’usage projeté de sorte qu’il serait raisonnable que l’employé s’attende à ce que les renseignements soient utilisés de la manière proposée. Le syndicat avait besoin des coordonnées résidentielles des employés pour représenter les intérêts de

employment. The information collected by the employer was for the appropriate administration of the employment relationship. This purpose is consistent with the union's intended use of the contact information.

The Board was entitled to conclude that its mandate on the redetermination was limited to the question of how much home contact information the employer could disclose to the union without infringing an employee's rights under the *Privacy Act*, and did not include B's argument that requiring an employer to provide a bargaining agent with the home address and phone number of its employees breached her right to freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*. The compelled disclosure of home contact information in order to allow a union to carry out its representational obligations to all bargaining unit members does not engage B's freedom not to associate with the union. In any event, that argument had no merit and was clearly bound to fail, whenever and wherever asserted. B's s. 8 *Charter* argument alleging that the disclosure constituted an unconstitutional search and seizure similarly had no merit.

*Per* Rothstein and Moldaver JJ. (dissenting in part): This appeal is about a tribunal wrongly declining to exercise its jurisdiction to consider *Charter* arguments. Where a tribunal does not respond to a constitutional challenge because of a mistaken understanding of its jurisdiction, it is wrongfully declining the jurisdiction that it not only has, but that it must exercise. That constitutes an error of law.

The Public Service Labour Relations Board made a reasonable decision in holding that s. 186(1)(a) of the *Public Service Labour Relations Act* requires the employer to disclose some employee contact information to the union and that this complies with s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*. The Board, however, incorrectly declined to determine B's s. 2(d) *Charter* arguments. The Board possessed both the authority and the duty to decide her *Charter* arguments. It would be inconsistent with this Court's jurisprudence to hold that a reviewing court can exclude such a fundamental aspect of the Board's jurisdiction. In holding that the Board was barred from determining B's *Charter* arguments on reconsideration, both the Board and the Federal Court of Appeal erred

ces derniers, et il s'agissait d'un usage compatible avec les fins auxquelles le gouvernement employeur recueillait ces renseignements, à savoir informer les employés des conditions de leur emploi. L'employeur recueillait ces informations pour la bonne administration de la relation d'emploi. Cet objectif est conforme à l'usage que le syndicat entend faire des coordonnées.

La Commission a conclu à bon droit que son mandat dans le cadre du réexamen consistait uniquement à déterminer quelles coordonnées résidentielles l'employeur pouvait communiquer au syndicat sans porter atteinte aux droits des employés protégés sous le régime de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, et qu'il ne comprenait pas l'argument de B selon lequel obliger l'employeur à fournir à l'agent négociateur les adresses et numéros de téléphone à domicile de ses employés porte atteinte à son droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2d) de la *Charte*. La communication obligatoire des coordonnées résidentielles visant à permettre au syndicat de s'acquitter de ses obligations de représentation envers tous les membres de l'unité de négociation ne porte pas atteinte à la liberté de B de ne pas s'associer au syndicat. Quoi qu'il en soit, cet argument était sans fondement et manifestement voué à l'échec, peu importe le moment ou le lieu où il a été invoqué. L'argument de B fondé sur l'art. 8 de la *Charte* selon lequel la communication en question constituait une fouille ou saisie inconstitutionnelle est également sans fondement.

*Les juges* Rothstein et Moldaver (dissidents en partie) : Le présent appel concerne le refus injustifié d'un tribunal d'exercer sa compétence pour examiner des arguments fondés sur la *Charte*. Un tribunal administratif qui, parce qu'il interprète mal sa compétence, ne se prononce pas sur une contestation constitutionnelle décline à tort la compétence qui lui est non seulement conférée, mais qu'il doit aussi exercer. Cela constitue une erreur de droit.

La Commission des relations de travail dans la fonction publique a rendu une décision raisonnable en concluant que l'al. 186(1)(a) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* oblige l'employeur à communiquer au syndicat certaines des coordonnées des employés et que cela respecte les exigences de l'al. 8(2)(a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La Commission a toutefois refusé à tort de se prononcer sur les arguments de B fondés sur l'al. 2d) de la *Charte*. La Commission avait à la fois le pouvoir et l'obligation de statuer sur ses arguments fondés sur la *Charte*. Conclure qu'une cour de révision peut exclure un aspect aussi fondamental de la compétence de la Commission irait à l'encontre de la jurisprudence de la Cour.

in law. This jurisdictional error resulted in a denial of procedural fairness insofar as B was deprived of her right to make her *Charter* submissions and have them considered and ruled upon.

Pursuant to the two-step test in *Quan v. Cusson*, this Court should address B's s. 2(d) and s. 8 *Charter* arguments. The mere provision of B's home address and telephone number to the bargaining agent cannot be characterized as forced association, nor does it amount to compelled ideological conformity. Accordingly, there is no violation of freedom from association under s. 2(d) of the *Charter*. The disclosure of B's home contact information to the union does not trigger the protection of s. 8 of the *Charter* because B did not have a reasonable expectation of privacy in the personal information disclosed. In any event, the disclosure cannot constitute a "seizure" for the purposes of s. 8 of the *Charter* since the information was disclosed to an employee organization and not the state.

The appeal should be allowed, but only in respect of the Federal Court of Appeal's order of costs payable by B to the respondents.

### Cases Cited

By Abella and Cromwell JJ.

**Referred to:** *Millcroft Inn Ltd. and CAW-Canada, Local 448* (2000), 63 C.L.R.B.R. (2d) 181; *Monarch Transport Inc. and Dempsey Freight Systems Ltd.*, 2003 CIRB 249 (CanLII); *P. Sun's Enterprises (Vancouver) Ltd. and CAW-Canada, Local 114* (2003), 99 C.L.R.B.R. (2d) 110; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209.

By Rothstein J. (dissenting in part)

*Public Service Alliance of Canada v. Treasury Board (Canada Border Services Agency)*, 2012 PSLRB 58 (CanLII); *Canadian National Railway Company* (1994), 95 di 78; *Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1983]

En concluant que la Commission ne pouvait pas examiner les arguments de B fondés sur la *Charte* dans le cadre du réexamen, tant la Commission que la Cour d'appel fédérale ont commis une erreur de droit. Cette erreur quant à la compétence a entraîné un manquement à l'équité procédurale dans la mesure où B a été privée de son droit de présenter des observations fondées sur la *Charte*, ainsi que de son droit de les voir prises en considération et tranchées.

La Cour doit statuer sur les arguments de B fondés sur l'al. 2d) et l'art. 8 de la *Charte* conformément au test à deux volets énoncé dans *Quan c. Cusson*. Le simple fait de communiquer l'adresse et le numéro de téléphone résidentiels de B à l'agent négociateur ne peut pas être considéré comme une association forcée, et ne constitue pas non plus une forme de conformité idéologique forcée. En conséquence, il n'y a pas atteinte au droit à la liberté d'association protégé par l'al. 2d) de la *Charte*. La communication au syndicat des coordonnées résidentielles de B ne déclenche pas l'application de la protection garantie par l'art. 8 de la *Charte* parce que B n'avait pas une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée relativement aux renseignements personnels communiqués. Quoi qu'il en soit, la communication ne peut constituer une « saisie » aux fins de l'application de l'art. 8 de la *Charte* puisque les renseignements ont été communiqués non pas à l'État, mais à une organisation syndicale.

L'appel devrait être accueilli, mais seulement à l'égard de l'ordonnance d'adjudication des dépens rendue par la Cour d'appel fédérale selon laquelle B doit verser les dépens aux intimés.

### Jurisprudence

Citée par les juges Abella et Cromwell

**Arrêts mentionnés :** *Millcroft Inn Ltd. and CAW-Canada, Local 448* (2000), 63 C.L.R.B.R. (2d) 181; *Monarch Transport Inc. et Dempsey Freight Systems Ltd.*, 2003 CCRI 249 (CanLII); *P. Sun's Enterprises (Vancouver) Ltd. and CAW-Canada, Local 114* (2003), 99 C.L.R.B.R. (2d) 110; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209.

Citée par le juge Rothstein (dissident en partie)

*Alliance de la Fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2012 CRTFP 58 (CanLII); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1994), 95 di

OLRB Rep. 1411; *CFTO-TV Limited* (1995), 97 di 35; *Ford Glass Limited*, [1986] OLRB Rep. 624; *Canada Post Corporation* (1994), 96 di 48; *York University*, [2007] OLRB Rep. 659; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 2(d), 8.  
*Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8(2)(a).  
*Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22 [as en. by *Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2], ss. 36, 42, 183, 184, 185, 186(1)(a), 190(1)(b), (g).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Evans and Sharlow JJ.A.), 2012 FCA 92, 431 N.R. 317, 347 D.L.R. (4th) 577, [2012] F.C.J. No. 467 (QL), 2012 CarswellNat 1077, affirming a decision of the Public Service Labour Relations Board, 2011 PSLRB 34, [2011] C.P.S.L.R.B. No. 36 (QL), 2011 CarswellNat 1296. Appeal dismissed, Rothstein and Moldaver JJ. dissenting in part.

*Elizabeth Bernard*, on her own behalf.

*Anne M. Turley*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*Peter C. Engelmann, Colleen Bauman and Isabelle Roy*, for the respondent the Professional Institute of the Public Service of Canada.

*Michael A. Feder and Angela M. Juba*, for the *amicus curiae*.

*S. Zachary Green*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

78; *Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1983] OLRB Rep. 1411; *CFTO-TV Limited* (1995), 97 di 35; *Ford Glass Limited*, [1986] OLRB Rep. 624; *Société canadienne des postes* (1994), 96 di 48; *York University*, [2007] OLRB Rep. 659; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2d), 8.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 8(2)a).  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22 [éd. par la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2], art. 36, 42, 183, 184, 185, 186(1)a), 190(1)b), g).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Evans et Sharlow), 2012 CAF 92, 431 N.R. 317, 347 D.L.R. (4th) 577, [2012] A.C.F. n° 467 (QL), 2012 CarswellNat 2834, qui a confirmé une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, 2011 CRTFP 34, [2011] C.R.T.F.P.C. n° 36 (QL), 2011 CarswellNat 1297. Pourvoi rejeté, les juges Rothstein et Moldaver sont dissidents en partie.

*Elizabeth Bernard*, en personne.

*Anne M. Turley*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

*Peter C. Engelmann, Colleen Bauman et Isabelle Roy*, pour l'intimé l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada.

*Michael A. Feder et Angela M. Juba*, pour l'*amicus curiae*.

*S. Zachary Green*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.



*Keith Evans*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Roderick S. Wiltshire*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Andrew Raven*, for the intervener the Public Service Alliance of Canada.

*Eugene Meehan, Q.C., Patricia Kosseim and Kate Wilson*, for the intervener the Privacy Commissioner of Canada.

Written submissions only by *Hugh J. D. McPhail, Q.C.*, for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers.

*Timothy Gleason and Sean Dewart*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Mark A. Gelowitz and Gerard J. Kennedy*, for the intervener the Canadian Constitution Foundation.

*John R. Carpenter and Kara O'Halloran*, for the intervener the Alberta Federation of Labour.

Written submissions only by *Andrea Zwack and Simon Ruel*, for the interveners the Coalition of British Columbia Businesses and Merit Canada.

*John B. Laskin*, for the intervener the Public Service Labour Relations Board.

The judgment of LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

[1] ABELLA AND CROMWELL JJ. — The Public Service Labour Relations Board concluded that an employer was required to provide home contact information about bargaining unit members to the union which represents them because this information is needed by the union in order to carry out its representational duties. At the same time, however, the union must ensure that the information is kept secure and is used only for representational

*Keith Evans*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Roderick S. Wiltshire*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Andrew Raven*, pour l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada.

*Eugene Meehan, c.r., Patricia Kosseim et Kate Wilson*, pour l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Hugh J. D. McPhail, c.r.*, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats d'employeurs.

*Timothy Gleason et Sean Dewart*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Mark A. Gelowitz et Gerard J. Kennedy*, pour l'intervenante Canadian Constitution Foundation.

*John R. Carpenter et Kara O'Halloran*, pour l'intervenante Alberta Federation of Labour.

Argumentation écrite seulement par *Andrea Zwack et Simon Ruel*, pour les intervenantes Coalition of British Columbia Businesses et Merit Canada.

*John B. Laskin*, pour l'intervenante la Commission des relations de travail dans la fonction publique.

Version française du jugement des juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner rendu par

[1] LES JUGES ABELLA ET CROMWELL — La Commission des relations de travail dans la fonction publique (« Commission ») a conclu qu'un employeur est tenu de communiquer les coordonnées résidentielles des membres d'une unité de négociation au syndicat qui les représente, parce que ce dernier en a besoin pour s'acquitter de ses obligations de représentation. Cela dit, le syndicat doit veiller à ce que ces renseignements soient

purposes. The main issue in this appeal is whether that decision was reasonable. We conclude that it was.

### Background

[2] Elizabeth Bernard is the protagonist in a legal odyssey which has found its way through three administrative tribunal proceedings, two rounds of judicial review in the Federal Court of Appeal and now an appeal to this Court. She is a member of a bargaining unit in the federal public service, but does not belong to the union which has exclusive bargaining rights for her bargaining unit. In labour relations terms, this means that Ms. Bernard is a “Rand Formula employee”; in other words, although she is not a union member, she is entitled to the benefits of the collective agreement and representation by the union and is required to pay union dues. The union is the *exclusive* bargaining agent for *all* members of the bargaining unit and has representational duties — such as in collective bargaining, the grievance process, workforce adjustments, prosecuting complaints, and conducting strike votes. Those duties are owed to *all* bargaining unit members, whether or not they are members of the union. While Ms. Bernard has a right not to become a union member, she does not have the right to opt out of the union’s role as exclusive bargaining agent for all bargaining unit employees, including her.

[3] In early 1992, Ms. Bernard filed a complaint with the Office of the Privacy Commissioner because her employer was giving her home address to the union. In May 1993, the Office of the Privacy Commissioner concluded that such disclosure was not permitted under the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, without the employee’s consent. As a result, the employer decided to discontinue the practice. The Office of the Privacy Commissioner had no adjudicative or order-making authority and the conclusions reached by that office did not confer any rights on Ms. Bernard or anyone else.

conservés en sûreté et ne servent qu’à des fins de représentation. La question principale soulevée en l’espèce est celle de savoir si cette décision était raisonnable. Nous estimons que oui.

### Contexte

[2] Elizabeth Bernard est la protagoniste d’une véritable odyssée judiciaire l’ayant entraîné dans trois procédures administratives, deux contrôles judiciaires en Cour d’appel fédérale et, maintenant, un pourvoi devant la Cour. Elle appartient à une unité de négociation dans la fonction publique fédérale, mais n’est pas membre du syndicat investi de droits de négociation exclusifs à l’égard de son unité. Dans le jargon des relations de travail, cela signifie que M<sup>me</sup> Bernard est une « employée assujettie à la formule Rand »; autrement dit, bien qu’elle ne soit pas syndiquée, elle bénéficie des avantages de la convention collective, a droit à la représentation du syndicat et est tenue de verser les cotisations syndicales. Le syndicat est l’agent négociateur *exclusif* de *tous* les membres de l’unité. Il a en outre envers *chacun* d’entre eux — qu’ils soient ou non syndiqués — des obligations de représentation, en ce qui concerne notamment la négociation collective, la procédure relative aux griefs, le réaménagement des effectifs, la poursuite de plaintes et la tenue de votes de grève. Bien qu’elle soit libre de ne pas adhérer au syndicat, M<sup>me</sup> Bernard n’a pas de droit de retrait quant au rôle exercé par celui-ci en tant qu’agent négociateur exclusif de tous les employés de l’unité, y compris elle.

[3] Au début de 1992, M<sup>me</sup> Bernard a déposé une plainte au Commissariat à la protection de la vie privée parce que son employeur avait donné son adresse résidentielle au syndicat. En mai 1993, le Commissariat a conclu que, sans le consentement de l’employée, une telle communication n’était pas autorisée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21 (« *LPRP* »). L’employeur a donc décidé d’abandonner cette pratique. Le Commissariat n’avait aucun pouvoir juridictionnel ou pouvoir de rendre des ordonnances; les conclusions qu’il a tirées ne conféraient donc aucun droit à M<sup>me</sup> Bernard ou à qui que ce soit d’autre.

[4] In 1995, Ms. Bernard changed jobs within the federal public service and became a member of a bargaining unit represented by the Professional Institute of the Public Service of Canada. Once again, she did not join the union and was a “Rand Formula employee” in her new bargaining unit.

[5] In 2005, there were amendments to the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2, which significantly expanded the union’s representational obligations. Because of these new duties the union was of the view that it required home contact information for bargaining unit members. It sought that information from the employer in order to carry out these obligations. The employer refused. This led to consolidated complaints in September 2007 by the union alleging that the refusal to provide this information constituted an unfair labour practice. The union alleged that failure to provide it with bargaining unit member home contact information improperly interfered with its ability to represent bargaining unit members. The parties to the consolidated complaints were, as is always the case, the employers (the Treasury Board of Canada and the Canada Revenue Agency) and the union in its capacity as exclusive bargaining agent for the bargaining unit members. As is the usual practice, Ms. Bernard was not given individual notice of the proceedings at this point, in common with the tens of thousands of other bargaining unit members for whom the union had exclusive bargaining rights and whose personal information was at issue in the consolidated complaints.

[6] As a remedy, the union sought an order requiring the employer to provide the names, position titles, telephone numbers, and home and email addresses for all employees in six nation-wide bargaining units, including the bargaining unit of which Ms. Bernard was a member.

[7] In response, the employer did not dispute the jurisprudence relied on by the union endorsing the requirement to disclose personal information to unions for legitimate bargaining purposes. In other

[4] En 1995, M<sup>me</sup> Bernard a changé d’emploi et est devenue membre d’une unité de négociation représentée par l’Institut professionnel de la fonction publique du Canada. Encore une fois, elle n’a pas adhéré au syndicat et était donc une « employée assujettie à la formule Rand » dans sa nouvelle unité de négociation.

[5] Les modifications apportées en 2005 à la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 (« *LRTFP* »), ont considérablement étendu les obligations syndicales de représentation. Compte tenu de ces nouvelles obligations, le syndicat de M<sup>me</sup> Bernard a estimé avoir besoin des coordonnées résidentielles des membres de l’unité de négociation. Il a demandé à l’employeur de les lui fournir afin de pouvoir s’acquitter de ces obligations. L’employeur a refusé. En septembre 2007, le syndicat a donc déposé des plaintes regroupées dans lesquelles il alléguait que le refus de fournir ces renseignements constituait une pratique déloyale de travail. Le refus de lui fournir les coordonnées résidentielles des membres de l’unité constituait, selon lui, une entrave indue à sa capacité de représenter ces derniers. Les parties aux plaintes regroupées étaient, comme c’est toujours le cas, les employeurs (le Conseil du Trésor du Canada et l’Agence du revenu du Canada) et le syndicat en tant qu’agent négociateur exclusif des membres de l’unité. Comme le veut la pratique habituelle, M<sup>me</sup> Bernard n’a pas été personnellement avisée de la procédure à ce moment-là, à l’instar des dizaines de milliers d’autres membres de l’unité à l’égard desquels le syndicat avait des droits de négociation exclusifs et dont les renseignements personnels étaient en cause dans les plaintes regroupées.

[6] En guise de réparation, le syndicat a sollicité une ordonnance intimant à l’employeur de lui fournir les noms, les titres de poste, les numéros de téléphone ainsi que les adresses résidentielles et électroniques de tous les employés faisant partie de six unités de négociation nationales, dont celle à laquelle appartenait M<sup>me</sup> Bernard.

[7] En réponse, l’employeur n’a pas contesté la jurisprudence invoquée par le syndicat qui confirme l’obligation de communiquer des renseignements personnels aux syndicats aux fins légitimes

words, the employer did not dispute the premise of the union's complaint that it had to provide some employee information and that failure to do so could constitute an unfair labour practice. However, the employer raised some practical concerns about employee privacy and about the accuracy and completeness of its own information. The employer placed before the Board an opinion obtained from the Office of the Privacy Commissioner addressing these points. The Board decided that "in principle", the employer's failure to provide the union "with at least some of the employee contact information that it requested" was an unfair labour practice because it interfered with the representation of employees by the union within the meaning of s. 186(1)(a) of the *Public Service Labour Relations Act*. It pointed particularly to the union's responsibilities in connection with the conduct of a strike vote (s. 184) and a final-offer vote (s. 183) as "legitimate representational purposes" that justified the disclosure of the kind of personal information sought by the union. In so concluding, the Board relied on an extensive body of jurisprudence holding that employee contact information must be disclosed to the union by the employer for these purposes: *Millcroft Inn Ltd. and CAW-Canada, Local 448* (2000), 63 C.L.R.B.R. (2d) 181 (Ont.) ("*Millcroft*"); *Monarch Transport Inc. and Dempsey Freight Systems Ltd.*, 2003 CIRB 249 (CanLII); *P. Sun's Enterprises (Vancouver) Ltd. and CAW-Canada, Local 114* (2003), 99 C.L.R.B.R. (2d) 110 (B.C.).

[8] On the question of remedy, the Board was clearly alive to the privacy issues canvassed in the Privacy Commissioner's opinion and indicated that it did not have a sound basis upon which to address those issues. The Board asked for more information about several privacy-related issues, including: what information the union required for its representational obligations; what employee contact information the employer had in its possession and its accuracy; and whether the employer could meet its obligation to provide information in a way that

de négociation. Autrement dit, l'employeur n'a pas contesté la prémisse sur laquelle reposait la plainte du syndicat, soit qu'il devait fournir certains renseignements relatifs aux employés et que le refus de le faire pouvait constituer une pratique déloyale de travail. Cependant, l'employeur a soulevé certaines préoccupations d'ordre pratique en ce qui a trait au respect de la vie privée des employés ainsi qu'à l'exactitude et à l'exhaustivité des renseignements dont il disposait alors. L'employeur a déposé auprès de la Commission une opinion exprimée à cet égard par le Commissariat à la protection de la vie privée. La Commission a conclu que, « en principe », le refus de l'employeur de donner au syndicat « au moins une partie des renseignements qu'il avait demandés » constituait une pratique déloyale de travail parce que l'employeur intervenait ainsi dans la représentation des fonctionnaires par le syndicat au sens de l'al. 186(1)a) de la *LRTFP*. La Commission a insisté tout particulièrement sur le fait que les responsabilités syndicales relatives à la tenue d'un vote de grève (art. 184) et d'un vote sur les dernières offres de l'employeur (art. 183) constituaient des « fins de représentation légitimes » justifiant la communication des renseignements personnels du type de ceux demandés par le syndicat. En tirant cette conclusion, la Commission s'est fondée sur une jurisprudence abondante selon laquelle l'employeur doit communiquer au syndicat les coordonnées de ses employés pour permettre la réalisation de ces fins : *Millcroft Inn Ltd. and CAW-Canada, Local 448* (2000), 63 C.L.R.B.R. (2d) 181 (Ont.) (« *Millcroft* »); *Monarch Transport Inc. et Dempsey Freight Systems Ltd.*, 2003 CCRI 249 (CanLII); *P. Sun's Enterprises (Vancouver) Ltd. and CAW-Canada, Local 114* (2003), 99 C.L.R.B.R. (2d) 110 (C.-B.).

[8] Pour ce qui est de la réparation, la Commission était certes consciente des questions de protection des renseignements personnels soulevées dans l'opinion du commissaire à la protection de la vie privée et a affirmé qu'elle n'avait pas de bases solides pour trancher ces questions. Elle a donc demandé à obtenir plus de détails relativement à plusieurs questions liées à la protection de la vie privée, dont les suivantes : De quels renseignements le syndicat avait-il besoin pour s'acquitter de ses obligations de représentation? Quelles coordonnées d'employés l'employeur avait-il

reasonably addressed any concerns under the *Privacy Act*. The Board directed the parties to consult in order to determine whether they could agree on disclosure terms, failing which the Board would hold a further hearing to address the question of remedy.

[9] The parties did in fact reach an agreement about the remedy and gave the Board a draft consent order, which the Board incorporated into an order on July 18, 2008.

[10] Under the terms of the agreement, the employer was required to disclose to the union, on a quarterly basis, the home mailing addresses and home telephone numbers of members of the bargaining unit, subject to a number of conditions, all of which related to the security and privacy of the information. The union recognized “the sensitivity of the information being disclosed” and undertook in the agreement to “ensure vigilant management and monitoring controls on this information at all times”. In particular, it undertook not to disclose the information to anyone other than the appropriate union officials; not to use, copy or compile the information for any other purpose; and to ensure that its officials who had access to the information would comply with all the provisions of the agreement.

[11] The employer and the union also agreed that they would jointly advise employees as to what information would be disclosed prior to its disclosure, and agreed on the text of that notice. An email was accordingly sent to all bargaining unit members on October 16, 2008, including Ms. Bernard, who responded by seeking judicial review of the consent order, claiming that (a) the Board’s order required the employer to violate the *Privacy Act* by disclosing her personal information without her consent; (b) the Board must defer to the Office of the Privacy Commissioner and in particular its 1993 disposition of her complaint; (c) she ought to have been given notice of the proceedings before the

en sa possession et qu’en était-il de leur exactitude? L’employeur pouvait-il satisfaire à son obligation de fournir ces renseignements d’une façon qui réponde raisonnablement à toutes les préoccupations susceptibles d’être soulevées sous le régime de la *LPRP*? La Commission a ordonné aux parties de se consulter pour qu’elles déterminent si elles pouvaient s’entendre sur les modalités de la communication, faute de quoi elle tiendrait une nouvelle audience pour examiner la question de la réparation.

[9] Les parties sont bel et bien parvenues à une entente au sujet de la réparation et ont remis à la Commission un projet d’ordonnance sur consentement, que celle-ci a intégré à une ordonnance rendue le 18 juillet 2008.

[10] Aux termes de l’entente, l’employeur devait, sous réserve de certaines conditions — toutes liées à la sécurité et au caractère privé des renseignements en cause —, communiquer tous les trimestres au syndicat les adresses postales et les numéros de téléphone à domicile des membres de l’unité de négociation. Le syndicat reconnaissait [TRADUCTION] « la nature délicate des renseignements communiqués » et s’engageait dans l’entente à « veiller à mettre en place des mesures efficaces de contrôle de gestion et de surveillance permanente de ces renseignements ». Plus particulièrement, il s’engageait à ne communiquer ces renseignements qu’aux représentants syndicaux autorisés; à ne pas les utiliser, les copier ou les compiler à d’autres fins; et à s’assurer que les personnes y ayant accès se conforment à toutes les dispositions de l’entente.

[11] L’employeur et le syndicat ont également convenu d’aviser les employés, préalablement et de façon conjointe, des renseignements qui seraient communiqués; ils se sont aussi entendus sur le texte de cet avis. Le 16 octobre 2008, un courriel a donc été envoyé à tous les membres de l’unité de négociation, y compris à M<sup>me</sup> Bernard, qui a répondu par une demande de contrôle judiciaire de l’ordonnance sur consentement. Elle y soulevait les arguments suivants : a) l’ordonnance de la Commission enjoignant à l’employeur de communiquer ses renseignements personnels sans son consentement obligeait ce dernier à contrevenir à la *LPRP*; b) la Commission devait s’en remettre

Board; and (d) the Board's order breached her *Charter* right not to associate with the union.

[12] The Federal Court of Appeal (Blais C.J., Pelletier and Trudel JJ.A.) confirmed that the Board's initial decision was that "some" contact information must be provided, and noted that that decision was not under review. Nor was the Board's decision that the failure to provide such information amounts to interference in the administration of the union. The issue before it, instead, was "the nature of the information to be provided and the circumstances under which it must be provided".

[13] The Federal Court of Appeal concluded that the Board should have considered the application of the *Privacy Act* to the disclosure of home contact information under the *Public Service Labour Relations Act*, rather than simply adopting the agreement arrived at by the parties. It therefore remitted the matter to the Board for redetermination, and directed that the Office of the Privacy Commissioner and Ms. Bernard be given notice of the redetermination proceedings and an opportunity to make submissions. It did not deal with Ms. Bernard's freedom of association argument, nor with her argument that she ought to have been given notice of the prior proceedings before the Board.

[14] At the redetermination hearing, the Privacy Commissioner acknowledged that the Board was entitled to order disclosure of personal information pursuant to the *Public Service Labour Relations Act*, referring to its 1993 decision as a "*non-binding report of findings*" to Ms. Bernard and her employer (emphasis added). However, the Commissioner urged the Board "to carefully consider what personal information is minimally required from the employer" to satisfy the union's representational obligations, to explore "alternative ways" for the union

au Commissariat à la protection de la vie privée et, plus particulièrement, à la façon dont celui-ci s'était prononcé sur sa plainte en 1993; c) on aurait dû l'aviser de l'instance introduite devant la Commission; et d) l'ordonnance de la Commission portait atteinte à son droit garanti par la *Charte* de ne pas s'associer au syndicat.

[12] La Cour d'appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Pelletier et Trudel) a confirmé qu'« une partie » des coordonnées des employés devait être communiquée aux termes de la décision initiale rendue par la Commission, laquelle, a-t-elle souligné, n'était pas visée par le contrôle judiciaire. La décision de la Commission selon laquelle le défaut de communiquer de tels renseignements constituait une ingérence dans l'administration du syndicat n'était pas non plus assujettie à ce contrôle. La question en litige portait plutôt « sur la nature des renseignements devant être fournis et sur les circonstances en vertu desquelles ils doivent l'être ».

[13] Selon la Cour d'appel fédérale, au lieu de simplement adopter l'accord conclu par les parties, la Commission aurait dû examiner l'application de la *LPRP* à la communication des coordonnées résidentielles sous le régime de la *LRTFP*. Elle a donc renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision, et a ordonné que le Commissariat à la protection de la vie privée et M<sup>me</sup> Bernard soient avisés de la procédure de réexamen et invités à présenter des observations. La Cour d'appel fédérale n'a pas examiné l'argument de M<sup>me</sup> Bernard relatif à la liberté d'association, ni celui selon lequel elle aurait dû être avisée de l'instance introduite antérieurement devant la Commission.

[14] À l'audience sur le réexamen, la commissaire à la protection de la vie privée a reconnu que la Commission pouvait ordonner la communication de renseignements personnels sous le régime de la *LRTFP*, qualifiant la décision qu'elle avait rendue en 1993 de [TRADUCTION] « *rapport de conclusions non contraignant* », destiné à M<sup>me</sup> Bernard et à son employeur (italiques ajoutés). Cependant, la commissaire a exhorté la Commission « à déterminer soigneusement quels renseignements personnels devaient être fournis au minimum par l'employeur »

to meet its statutory obligations, and to “ensure adequate safeguards for all employee personal information, and the implementation of privacy best practices”.

[15] Ms. Bernard’s position was that disclosure of her home telephone number and address breached her privacy rights and her right not to associate with the union. The Board addressed all of the privacy concerns raised by Ms. Bernard and the Commissioner. It concluded that work contact information was insufficient to allow a bargaining agent to meet its obligations to represent all employees in the bargaining unit. In its view, “a bargaining agent has a right to contact all employees directly — relying on employees going to a website or talking to a steward does not meet that obligation”: 2011 PSLRB 34 (CanLII), at para. 164.

[16] The Board ultimately turned to the question of whether the consent order properly protected the privacy interests of employees. It noted the following privacy-enhancing features of the original consent order: the union could use the home contact information only for legitimate purposes under the *Public Service Labour Relations Act* and not for any other purposes; and it could not disclose the information to anyone other than those officials responsible for fulfilling its obligations. The Board also noted that the union had specifically undertaken to be bound by the principles of the *Privacy Act* and regulations and the principles of the Government Security Policy in effect at the time. Nonetheless, it put two additional safeguards in place: the information should be provided to the union only on an encrypted or password-protected basis, and expired home contact information had to be appropriately disposed of after updated information was provided.

pour permettre le respect des obligations syndicales de représentation, à envisager « d’autres moyens » pour que le syndicat satisfasse à ses obligations légales, et à « faire en sorte que des mesures de protection suffisantes soient en place pour tous les renseignements personnels des employés, et des pratiques exemplaires en matière de respect de la vie privée mises en œuvre ».

[15] Selon M<sup>me</sup> Bernard, la communication de ses adresse et numéro de téléphone à domicile portait atteinte à son droit à la vie privée ainsi qu’à son droit de ne pas s’associer au syndicat. La Commission a examiné toutes les préoccupations relatives à la vie privée soulevées par M<sup>me</sup> Bernard et la commissaire. Elle a ensuite conclu à l’insuffisance des coordonnées au travail pour permettre à l’agent négociateur de satisfaire à ses obligations de représentation envers tous les employés de l’unité de négociation. À son avis, « un agent négociateur a le droit de communiquer avec tous les employés directement — présumer que les employés consulteront le site Web ou discuteront avec un délégué ne satisfait pas à cette obligation » : 2011 CRTFP 34 (CanLII), par. 164.

[16] Enfin, la Commission s’est penchée sur la question de savoir si l’ordonnance sur consentement protégeait suffisamment le droit à la vie privée des employés. Elle a fait ressortir les caractéristiques suivantes de l’ordonnance sur consentement initiale, destinées à accroître le respect de la vie privée : le syndicat pouvait utiliser les coordonnées résidentielles des employés uniquement aux fins légitimes prévues par la *LRTFP*; et il ne pouvait communiquer les renseignements personnels obtenus qu’aux représentants chargés de s’acquitter de ses obligations. La Commission a également souligné que le syndicat avait expressément accepté d’être assujéti aux principes de la *LPRP* et de son règlement ainsi qu’à ceux établis dans la Politique sur la sécurité du gouvernement en vigueur à ce moment-là. Elle a néanmoins mis en place deux mesures de protection supplémentaires, à savoir : l’obligation pour l’employeur de transmettre les renseignements au syndicat exclusivement au moyen de dispositifs cryptés ou protégés par mot de passe; et l’obligation pour le syndicat de dûment disposer des coordonnées résidentielles désuètes lorsque des renseignements à jour lui sont fournis.

[17] There was no breach of the *Privacy Act* in disclosing home telephone numbers and addresses to bargaining agents because that disclosure was consistent with the purpose for which the information was obtained and was, as a result, a “consistent use” of the information under s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*.

[18] Because the Board concluded that the directions of the Federal Court of Appeal required it to undertake only the assessment of the privacy rights of the employees in the bargaining unit, it did not address Ms. Bernard’s freedom of association argument.

[19] Ms. Bernard again sought judicial review. The Federal Court of Appeal (Blais C.J., Evans and Sharlow J.J.A.) concluded that the Board’s decision was subject to a reasonableness standard of review. It also concluded that the Board’s decision was reasonable in finding that the union needed employees’ home contact information in order to fulfill its representational duties and that the union’s use of home contact information was a “consistent use” under s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*.

[20] We agree that the standard of review is reasonableness. For the following reasons, we also agree with the conclusion that the Board’s decision was reasonable.

#### Analysis

[21] It is important to understand the labour relations context in which Ms. Bernard’s privacy complaints arise. A key aspect of that context is the principle of majoritarian exclusivity, a cornerstone of labour relations law in this country. A union has the *exclusive* right to bargain on behalf of *all* employees in a given bargaining unit, including Rand employees. The union is the exclusive agent for those employees with respect to their rights under the collective agreement. While an employee is undoubtedly free not to join the union and to decide to become a Rand

[17] Il n’y a eu aucune violation de la *LPRP* lors de la communication d’adresses et de numéros de téléphone résidentiels aux agents négociateurs, parce que celle-ci était compatible avec les fins auxquelles ces renseignements avaient été recueillis et qu’elle constituait donc un « usage compatible » au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 8(2)a) de la *LPRP*.

[18] Ayant conclu que la Cour d’appel fédérale lui ordonnait uniquement d’examiner la question du droit à la vie privée des employés de l’unité de négociation, la Commission ne s’est pas penchée sur l’argument de M<sup>me</sup> Bernard relatif à la liberté d’association.

[19] M<sup>me</sup> Bernard a présenté une nouvelle demande de contrôle judiciaire. La Cour d’appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Evans et Sharlow) a alors conclu que la décision de la Commission était assujettie à la norme de la décision raisonnable. Elle a ajouté que la Commission avait rendu une décision raisonnable en concluant que le syndicat avait besoin des coordonnées résidentielles des employés pour satisfaire à ses obligations de représentation et qu’il avait fait un « usage compatible » de ces renseignements au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 8(2)a) de la *LPRP*.

[20] Nous convenons que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. Pour les motifs qui suivent, nous souscrivons également à la conclusion selon laquelle la décision de la Commission était raisonnable.

#### Analyse

[21] Il est important de bien comprendre le contexte des relations du travail dans lequel s’inscrivent les plaintes en matière de vie privée déposées par M<sup>me</sup> Bernard. Le principe du monopole syndical conféré par un vote majoritaire — une assise fondamentale de notre droit du travail — constitue un élément clé de ce contexte. Le syndicat a le droit *exclusif* de négocier au nom de *tous* les employés d’une unité de négociation donnée, y compris ceux assujettis à la formule Rand. Le syndicat est l’agent exclusif de ces employés en ce qui concerne les



employee, he or she may not opt out of the exclusive bargaining relationship, nor the representational duties that a union owes to employees.

[22] The nature of the union’s representational duties is an important part of the context for the Board’s decision. The union must represent all bargaining unit employees fairly and in good faith. The *Public Service Labour Relations Act* imposes a number of specific duties on a union with respect to employees in the bargaining unit. These include a duty to provide all employees in the bargaining unit with a reasonable opportunity to participate in strike votes and to be notified of the results of such votes (s. 184). According to the Board, similar obligations apply to the conduct of final-offer votes under s. 183 of the *Act*.

[23] This is the context in which to consider the reasonableness of the Board’s findings that disclosure of home contact information is required under the *Public Service Labour Relations Act* and authorized by s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*. The relevant provisions of the *Public Service Labour Relations Act* state:

**185.** [Meaning of “unfair labour practice”] In this Division, “unfair labour practice” means anything that is prohibited by subsection 186(1) or (2), section 187 or 188 or subsection 189(1).

**186.** [Unfair labour practices — employer] (1) Neither the employer nor a person who occupies a managerial or confidential position, whether or not the person is acting on behalf of the employer, shall

(a) participate in or interfere with the formation or administration of an employee organization or the representation of employees by an employee organization . . .

[24] The Board found that the employer’s refusal to disclose employee home contact information constituted an unfair labour practice because it interfered with the union’s representation of

droits que leur confère la convention collective. Un employé est certes libre de ne pas adhérer au syndicat et de devenir ainsi un employé assujéti à la formule Rand; il ne dispose toutefois d’aucun droit de retrait en ce qui concerne la relation de négociation exclusive ainsi que les obligations de représentation du syndicat.

[22] La nature des obligations de représentation du syndicat constitue un élément important du contexte dans lequel la Commission a rendu sa décision. Le syndicat doit représenter tous les employés de l’unité de négociation avec équité et bonne foi. La *LRTFP* lui impose un certain nombre d’obligations précises à l’égard de ceux-ci, notamment celle de leur donner la possibilité de participer aux votes de grève et d’être informés des résultats de ceux-ci (art. 184). Selon la Commission, des obligations semblables s’appliquent à la tenue de votes sur les dernières offres de l’employeur suivant l’art. 183 de la *Loi*.

[23] C’est dans ce contexte qu’il faut examiner le caractère raisonnable des conclusions de la Commission selon lesquelles la communication des coordonnées résidentielles est requise sous le régime de la *LRTFP* et autorisée par l’al. 8(2)a) de la *LPRP*. Les dispositions pertinentes de la *LRTFP* sont rédigées en ces termes :

**185.** [Définition de « pratiques déloyales »] Dans la présente section, « pratiques déloyales » s’entend de tout ce qui est interdit par les paragraphes 186(1) et (2), les articles 187 et 188 et le paragraphe 189(1).

**186.** [Pratiques déloyales par l’employeur] (1) Il est interdit à l’employeur et au titulaire d’un poste de direction ou de confiance, qu’il agisse ou non pour le compte de l’employeur :

a) de participer à la formation ou à l’administration d’une organisation syndicale ou d’intervenir dans l’une ou l’autre ou dans la représentation des fonctionnaires par celle-ci . . .

[24] La Commission a conclu que le refus de l’employeur de communiquer les coordonnées résidentielles des employés constituait une pratique déloyale de travail parce qu’il intervenait ainsi dans

employees. Two rationales fueled this conclusion. The first is that the union needs *effective* means of contacting employees in order to discharge its representational duties. This was explained in *Millcroft*, where the Ontario Labour Relations Board extensively reviewed a union's duties and concluded that the union "must be able to communicate effortlessly with the employees" and "should have [their contact information] without the need to pass through the obstacles suggested by the employer" in order to discharge those representational duties: para. 33.

[25] The Board explained why employee work contact information was insufficient to enable the union to carry out its duties to bargaining unit employees: it is not appropriate for a bargaining agent to use employer facilities for its business; workplace communications from bargaining agents must be vetted by the employer before posting; there is no expectation of privacy in electronic communications at the workplace; and the union must be able to communicate with employees quickly and effectively, particularly when they are dispersed.

[26] The second and more theoretical rationale for the employer's obligation to disclose home contact information is that the union must be on an equal footing with the employer with respect to information relevant to the collective bargaining relationship. Disclosure of personal information to the union is not like disclosure of personal information to the public because of the tripartite relationship between the employee, the employer and the union. To the extent that the employer has information which is of value to the union in representing employees, the union is entitled to it. This was explained as follows in *Millcroft*:

la représentation des fonctionnaires par le syndicat. Cette conclusion repose sur deux fondements. Selon le premier, pour pouvoir s'acquitter de ses obligations de représentation, le syndicat doit disposer de moyens *efficaces* de communiquer avec les employés. C'est ce qui a été expliqué dans la décision *Millcroft*, dans laquelle la Commission des relations de travail de l'Ontario a examiné en profondeur les obligations du syndicat et conclu que, pour s'acquitter de celles-ci, le syndicat doit [TRADUCTION] « pouvoir communiquer sans difficulté avec les employés » et « obtenir [leurs coordonnées] sans devoir surmonter les obstacles qu'évoque l'employeur » : par. 33.

[25] La Commission a expliqué pourquoi les coordonnées des employés au travail sont insuffisantes pour permettre au syndicat de satisfaire à ses obligations envers les employés de l'unité de négociation : il n'est pas convenable que l'agent négociateur utilise les installations de l'employeur pour mener ses activités; les informations que les agents négociateurs souhaitent communiquer au travail doivent être examinées par l'employeur avant d'être diffusées; les communications électroniques effectuées au travail ne donnent lieu à aucune attente en matière de respect de la vie privée; et le syndicat doit pouvoir communiquer avec les employés rapidement et efficacement, surtout lorsque ceux-ci sont dispersés.

[26] Le deuxième fondement — plus théorique — sur lequel repose l'obligation de l'employeur de communiquer les coordonnées résidentielles des employés est le suivant : le syndicat et l'employeur doivent être sur un pied d'égalité en ce qui concerne les renseignements pertinents quant à la relation de négociation collective. En outre, compte tenu de la relation tripartite qui lie l'employé, l'employeur et le syndicat, la communication de renseignements personnels au syndicat n'est pas assimilable à la divulgation de renseignements personnels au public. Dans la mesure où l'employeur détient des renseignements importants pour le syndicat dans l'exercice de ses fonctions de représentation des employés, il doit les lui communiquer. C'est ce qui a été expliqué dans *Millcroft* :

A consequence of the union possessing exclusive bargaining status on behalf of the employees is that the union is placed in an equal bargaining position with the employer in its collective bargaining relationship. To the extent that the employer has information which is of value to the union in its capacity to represent the employees (such as their names, addresses and telephone numbers), the union too should have that information. The employees' privacy rights are compromised (no doubt legitimately) by the employer having details of their names, addresses and telephone numbers. The union's acquisition of that information would be no greater compromise, nor any less legitimate. [para. 31]

[27] The Board's conclusions are clearly justified. The union's need to be able to communicate with employees in the bargaining unit cannot be satisfied by reliance on the employer's facilities. As the Board observed, the employer can control the means of workplace communication, can implement policies that restrict all workplace communications, including with the union, and can monitor communications. Moreover, the union may have representational duties to employees whom it cannot contact at work, such as employees who are on leave, or who are not at work because of a labour dispute.

[28] The second rationale — equality of information between the employer and the union — further supports the Board's conclusion. The tripartite nature of the employment relationship means that information disclosed to the employer that is necessary for the union to carry out its representational duties should be disclosed to the union in order to ensure that the union and employer are on an equal footing with respect to information relevant to the collective bargaining relationship.

[29] Moreover, an employee cannot waive his or her right to be fairly — and exclusively — represented by the union. Given that the union owes legal obligations to *all* employees — whether or not they are Rand employees — and may have to communicate with them quickly, the union should not be deprived of information in the hands of the

[TRADUCTION] Du statut du syndicat d'agent négociateur exclusif des employés découle notamment le fait qu'il est l'égal de l'employeur dans sa relation de négociation collective. Dans la mesure où l'employeur détient des renseignements importants pour la capacité du syndicat de représenter les employés (comme leur nom, leur adresse et leur numéro de téléphone), le syndicat devrait aussi les avoir. Les droits à la protection des renseignements personnels des employés sont sapés (sans aucun doute à juste titre) du fait que l'employeur connaît leur nom, leur adresse et leur numéro de téléphone. L'acquisition de ces renseignements par le syndicat ne saperait pas davantage les droits des employés et ne serait pas moins légitime. [par. 31]

[27] Les conclusions de la Commission sont clairement justifiées. Le besoin du syndicat de pouvoir communiquer avec les employés de l'unité de négociation ne peut être tributaire de l'utilisation des installations de l'employeur. Comme l'a souligné la Commission, l'employeur peut contrôler les moyens de communication au travail, mettre en application des politiques restreignant toutes les communications échangées au travail, y compris celles avec le syndicat, et surveiller celles-ci. De plus, le syndicat peut avoir des obligations de représentation envers des employés avec lesquels il ne peut communiquer au travail, notamment des employés en congé ou absents en raison d'un conflit de travail.

[28] Le deuxième fondement — selon lequel l'employeur et le syndicat doivent disposer des mêmes renseignements — étaye davantage la conclusion de la Commission. En effet, la nature tripartite de la relation d'emploi exige que les renseignements nécessaires à l'accomplissement des obligations syndicales de représentation que détient l'employeur soient communiqués au syndicat afin que ceux-ci soient sur un pied d'égalité quant aux renseignements relatifs à la relation de négociation collective.

[29] De plus, un employé ne peut renoncer à son droit d'être représenté de façon équitable — et exclusive — par le syndicat. Compte tenu de ses obligations légales envers *tous* les employés — qu'ils soient ou non des employés assujettis à la formule Rand — et du fait qu'il peut avoir à communiquer rapidement avec eux, le syndicat ne

employer that could assist in fulfilling these obligations.

[30] This brings us to the intersecting privacy concerns. The *Privacy Act* imposes a ban on disclosure of government-held personal information, which includes home addresses and telephone numbers, subject to a number of exceptions listed in s. 8(2), including the consistent use exception:

8. . . .

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

(a) for the purpose for which the information was obtained or compiled by the institution or *for a use consistent with that purpose*;

[31] A use need not be identical to the purpose for which information was obtained in order to fall under s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*; it must only be *consistent* with that purpose. As the Federal Court of Appeal held, there need only be a sufficiently direct connection between the purpose and the proposed use, such that an employee would reasonably expect that the information could be used in the manner proposed.

[32] The Board concluded that the union needed employee home contact information to represent the interests of employees, a use consistent with the purpose for which the government employer collected the information, namely, to contact employees about the terms and conditions of their employment. The information collected by the employer was for the appropriate administration of the employment relationship. As the Board noted, “[e]mployees provide home contact information to their employers for the purpose of being contacted about their terms and conditions of employment. *This purpose is consistent with the [union]’s intended use of the contact information in this case*”: para. 168 (emphasis added).

devrait pas être privé des renseignements dont dispose l’employeur et qui sont susceptibles de l’aider à s’acquitter de ces obligations.

[30] Penchons-nous maintenant sur les préoccupations que cela suscite quant au respect de la vie privée. La *LPRP* interdit la communication de renseignements personnels détenus par le gouvernement — lesquels comprennent les adresses et numéros de téléphone à domicile —, sous réserve d’un certain nombre d’exceptions énumérées à son par. 8(2), dont celle de l’usage compatible :

8. . . .

(2) Sous réserve d’autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d’une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants :

a) communication aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l’institution ou *pour les usages qui sont compatibles avec ces fins*;

[31] Pour qu’il soit visé par l’al. 8(2)a) de la *LPRP*, l’usage n’a pas à être identique aux fins auxquelles les renseignements ont été recueillis; il n’a qu’à être *compatible* avec celles-ci. Comme la Cour d’appel fédérale l’a affirmé, il suffit qu’il existe un lien suffisamment direct entre les fins et l’usage projeté de sorte qu’il serait raisonnable que l’employé s’attende à ce que les renseignements soient utilisés de la manière proposée.

[32] La Commission a conclu que le syndicat avait besoin des coordonnées résidentielles des employés pour représenter les intérêts de ces derniers et qu’il s’agissait d’un usage compatible avec les fins auxquelles le gouvernement employeur recueillait ces renseignements, à savoir informer les employés des conditions de leur emploi. L’employeur recueillait ces informations pour la bonne administration de la relation d’emploi. Comme l’a souligné la Commission, « [I]es employés fournissent à leurs employeurs leurs coordonnées domiciliaires pour être informés des conditions de leur emploi. *Cet objectif est conforme à l’usage que [le syndicat] entend faire des coordonnées dans la présente affaire* » : par. 168 (italiques ajoutés).

[33] In our view, the Board made a reasonable determination in identifying the union's proposed use as being consistent with the purpose of contacting employees about terms and conditions of employment and in concluding that the union needed this home contact information to carry out its representational obligations "quickly and effectively": para. 167.

[34] Ms. Bernard also argued that requiring an employer to provide a bargaining agent with the home address and home phone number of its employees breaches her right to freedom of association under s. 2(d) of the *Charter* and that the Board should have considered this point.

[35] The Federal Court of Appeal agreed with the Board that its mandate on the redetermination as set out in the Court of Appeal's earlier decision was limited to the question of how much home contact information the employer could disclose to the union without infringing an employee's rights under the *Privacy Act*. It was argued that the Court of Appeal erred in this regard. However, that view was clearly not shared by Blais C.J., who was the president of the panel in *both* proceedings before the Court of Appeal. Giving some weight to the Court of Appeal's interpretation of its own order in these circumstances is not so much a matter of deference as of operating on the common-sense assumption that the Court knew what it meant. We would hesitate to say that the Board made a reviewable error by interpreting the Court of Appeal's order in the same way that court itself did or by failing to deal with an issue that manifestly has no merit. But we see no need to reach any final view on this point.

[36] This is one of the exceptional cases in which this Court is in a position to address those arguments now, and it can be done very summarily. They have no merit. Even if the Federal Court of Appeal erred with respect to the scope of the Board's reconsideration, Ms. Bernard's s. 2(d) and s. 8

[33] À notre avis, la Commission a rendu une décision raisonnable en concluant que l'usage qu'entendait faire le syndicat des renseignements recueillis était compatible avec les fins visées, soit informer les employés des conditions de leur emploi, et que le syndicat avait besoin des coordonnées résidentielles demandées pour s'acquitter de ses obligations de représentation « rapidement et efficacement » : par. 167.

[34] M<sup>me</sup> Bernard a aussi fait valoir qu'obliger l'employeur à fournir à l'agent négociateur les adresses et numéros de téléphone à domicile de ses employés porte atteinte à son droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2d) de la *Charte* et que la Commission aurait dû examiner cette question.

[35] La Cour d'appel fédérale a convenu avec la Commission que le mandat de cette dernière dans le cadre du réexamen — mandat défini dans la décision antérieure de la Cour d'appel — consistait uniquement à déterminer quelles coordonnées résidentielles l'employeur pouvait communiquer au syndicat sans porter atteinte aux droits des employés protégés sous le régime de la *LPRP*. On a prétendu que la Cour d'appel avait commis une erreur à cet égard. Cependant, le juge en chef Blais, ayant présidé les *deux* instances devant la Cour d'appel, n'était clairement pas de cet avis. Accorder un certain poids à la façon dont la Cour d'appel interprète sa propre ordonnance dans ces circonstances ne consiste pas tant à faire preuve de déférence qu'à supposer logiquement que la Cour savait ce qu'elle voulait dire. Nous hésiterions à affirmer que la Commission a commis une erreur susceptible de contrôle en interprétant l'ordonnance de la Cour d'appel comme celle-ci l'a elle-même fait ou en n'examinant pas une question n'ayant manifestement aucun fondement. Il n'est toutefois pas nécessaire, à notre avis, de trancher définitivement cette question.

[36] Il s'agit en l'espèce d'un des cas exceptionnels où la Cour peut traiter dès à présent de ces arguments, et elle peut d'ailleurs le faire très sommairement. Ceux-ci sont sans fondement. Même si la Cour d'appel fédérale avait commis une erreur quant à l'étendue du pouvoir de réexamen conféré à la

*Charter* arguments that were supposedly neglected were clearly bound to fail, whenever and wherever asserted.

[37] Ms. Bernard's freedom of association argument has no legal foundation. Her argument was that since the Board's order required the employer to provide her personal information to the union, she was thereby being compelled to associate with the union, contrary to s. 2(d) of the *Charter*. In our view, the compelled disclosure of home contact information in order to allow a union to carry out its representational obligations to all bargaining unit members does not engage Ms. Bernard's freedom not to associate with the union. This Court's decision in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, is determinative and its conclusion is supported by the more recent decision in *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209.

[38] In *Lavigne*, the Court concluded that the payment by Rand Formula employees of union dues for the purposes of collective bargaining did not amount to unjustified "compelled association" under s. 2(d). Even though s. 2(d) protected freedom from association as well as freedom of association, the majority concluded that s. 2(d) does not provide protection from all forms of involuntary association, and was not intended to protect against association with others that is a necessary and inevitable part of membership in a modern democratic community. In other words, s. 2(d) is not a constitutional right to isolation: *Lavigne*, at pp. 320-21. While in *Advance Cutting & Coring* three different approaches to the right not to associate emerged, on none of them would Ms. Bernard have a plausible s. 2(d) claim.

[39] As La Forest J. explained in *Lavigne*: "... a [Rand Formula] worker like *Lavigne* would have no chance of succeeding if his objection to his association with the Union was the extent that it addresses

Commission, les arguments de M<sup>me</sup> Bernard relatifs à l'al. 2d) et à l'art. 8 de la *Charte* dont on n'aurait pas tenu compte sont clairement voués à l'échec, peu importe le moment ou le lieu où ils sont invoqués.

[37] L'argument soulevé par M<sup>me</sup> Bernard relativement à la liberté d'association n'a aucune assise juridique. Selon sa prétention, en obligeant l'employeur à communiquer ses renseignements personnels au syndicat, l'ordonnance de la Commission la forçait par le fait même à s'associer au syndicat, en contravention de l'al. 2d) de la *Charte*. À notre avis, la communication obligatoire des coordonnées résidentielles visant à permettre au syndicat de s'acquitter de ses obligations de représentation envers tous les membres de l'unité de négociation ne porte pas atteinte à la liberté de M<sup>me</sup> Bernard de ne pas s'associer au syndicat. L'arrêt rendu par la Cour dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, est déterminant, et la conclusion qui y est tirée est d'ailleurs confirmée par un arrêt plus récent, *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209.

[38] Dans l'arrêt *Lavigne*, la Cour a conclu que le paiement de cotisations syndicales par des employés assujettis à la formule Rand aux fins de la négociation collective ne constituait pas une « association forcée » injustifiée pour l'application de l'al. 2d). Selon les juges majoritaires, bien qu'il garantisse autant la liberté de ne pas s'associer que celle de s'associer, l'al. 2d) ne protège pas contre toute forme d'association involontaire et n'a pas été conçu pour contrer l'association avec autrui qui est une composante nécessaire et inévitable de l'appartenance à une société démocratique moderne. Autrement dit, l'al. 2d) n'est pas un droit constitutionnel à l'isolement : *Lavigne*, p. 320-321. Bien que trois conceptions différentes du droit de ne pas s'associer se dégagent de l'arrêt *Advance Cutting & Coring*, aucune d'entre elles ne permet de conclure que M<sup>me</sup> Bernard a un argument plausible à faire valoir relativement à l'al. 2d).

[39] Comme l'a expliqué le juge La Forest dans *Lavigne* : « ... un travailleur [assujetti à la formule Rand] comme *Lavigne* n'aurait aucune chance de succès si son refus de s'associer avec le syndicat

itself to the matters, the terms and conditions of employment for members of his bargaining unit, with respect to which he is ‘naturally’ associated with his fellow employees. . . . With respect to these, the Union is simply viewed as a reasonable vehicle by which the necessary interconnectedness of Lavigne and his fellow workers is expressed” (p. 329).

[40] In the case before us, providing Ms. Bernard’s home contact information to the union was reasonably found by the Board to be a necessary incident of the union’s representational obligations to her as a member of the bargaining unit. Based on the Court’s jurisprudence, therefore, Ms. Bernard’s freedom from association claim has no legal foundation.

[41] Ms. Bernard’s s. 8 *Charter* argument alleging that the disclosure constituted an unconstitutional search and seizure similarly has no merit. As the Attorney General of Canada correctly points out, in this context there can be no reasonable expectation of privacy in that information.

[42] We would dismiss the appeal without costs. There will be no costs on the application for leave to appeal.

The reasons of Rothstein and Moldaver JJ. were delivered by

ROTHSTEIN J. (dissenting in part) —

### I. Introduction

[43] Where a tribunal does not respond to a constitutional challenge, including a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* challenge, because of a mistaken understanding of its jurisdiction, it is wrongfully declining the jurisdiction that it not only has, but that it must exercise. And it does not matter whether the tribunal refuses to even listen to the arguments, or says, having listened to them, that it is not responding to the arguments because it is not authorized to do so. In such circumstances the effect is a denial of procedural fairness to the

visait les conditions d’emploi des membres de son unité de négociation, dans le cadre de laquelle il est “naturellement” associé à ses compagnons de travail. [. . .] À cet égard, le syndicat est simplement considéré comme le moyen d’expression raisonnable de l’indispensable interconnexion entre Lavigne et ses compagnons de travail » (p. 329).

[40] Dans la présente affaire, la Commission a raisonnablement conclu que la communication au syndicat des coordonnées résidentielles de M<sup>me</sup> Bernard est un accessoire nécessaire aux obligations syndicales de représentation envers elle, à titre de membre de l’unité de négociation. En conséquence, compte tenu de la jurisprudence de la Cour, l’argument soulevé par M<sup>me</sup> Bernard relativement à la liberté d’association n’a aucune assise juridique.

[41] L’argument de M<sup>me</sup> Bernard fondé sur l’art. 8 de la *Charte* selon lequel la communication en question constituait une fouille ou saisie inconstitutionnelle est également sans fondement. Comme le souligne à juste titre le procureur général du Canada, dans ce contexte, il ne saurait exister quant aux renseignements en cause d’attente raisonnable en matière de vie privée.

[42] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi sans dépens et de n’adjudger aucuns dépens quant à la demande d’autorisation d’appel.

Version française des motifs des juges Rothstein et Moldaver rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident en partie) —

### I. Introduction

[43] Un tribunal administratif qui, parce qu’il interprète mal sa compétence, ne se prononce pas sur une contestation constitutionnelle — y compris une contestation fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés* — décline à tort la compétence qui lui est non seulement conférée, mais qu’il doit aussi exercer. Par ailleurs, il importe peu que le tribunal en question refuse même d’entendre les arguments ou qu’il affirme, après les avoir entendus, qu’il n’y répondra pas parce qu’il n’a pas compétence pour le faire. Que ce soit dans l’une ou

affected litigant. However, where the reason for the failure is a misapprehension on the part of the tribunal on the scope of its authority, the error is more appropriately branded an error of law.

[44] This is the case of a self-represented litigant and the repeated denial by the tribunal and the Federal Court of Appeal to hear and determine the *Charter* arguments made by her. It is significant in this case that the litigant is attempting to restore the longstanding privacy arrangements that she had previously succeeded in obtaining and that have now been taken away from her. It is important that such a litigant not be left to question a justice system that does not respond to *Charter* arguments made in the course of litigation. That is the main issue in this appeal.

[45] This is not to say that tribunals do not have discretion to decline to engage in an analysis of *Charter* arguments that are, in their opinion, manifestly without merit. No tribunal is bound to consider such arguments. But that is not this case. This appeal is not about a tribunal exercising its *discretion* to decline to address non-meritorious *Charter* arguments. It is about a tribunal wrongly declining to exercise its *jurisdiction* to consider *Charter* arguments.

## II. Facts and Decisions Below

### A. *Background*

[46] The appellant, Elizabeth Bernard, is a self-represented litigant who has diligently sought to protect her privacy rights in the employment context for over 20 years.

[47] Throughout her career as a federal public servant, Ms. Bernard has declined to join a union, as is her right. As an employee under the “Rand formula”, however, Ms. Bernard is still obligated to pay union dues.

l’autre de ces circonstances, la partie concernée se voit privée de son droit à l’équité procédurale. Cela étant dit, quand l’omission du tribunal administratif découle d’une mauvaise interprétation de l’étendue de ses pouvoirs, il est plus approprié de qualifier cette erreur d’erreur de droit.

[44] Dans la présente affaire, le tribunal administratif et la Cour d’appel fédérale ont refusé à maintes reprises d’entendre et de trancher les arguments fondés sur la *Charte* soulevés par une partie non représentée par avocat. Il importe de souligner que cette dernière tente de rétablir les mesures de protection de la vie privée qu’elle avait réussi à obtenir il y a longtemps et qui lui ont ensuite été enlevées. Il est important qu’une telle plaideuse ne puisse douter du système judiciaire qui a refusé de répondre à ses arguments fondés sur la *Charte*. Voilà le principal enjeu du présent pourvoi.

[45] Cela ne veut pas dire que les tribunaux administratifs n’ont pas le pouvoir discrétionnaire de refuser d’examiner des arguments fondés sur la *Charte* n’ayant, à leur avis, manifestement aucun fondement. En effet, les tribunaux ne sont jamais tenus d’examiner de tels arguments. Mais ce n’est pas le cas en l’espèce. Le présent pourvoi ne porte pas sur l’exercice par un tribunal administratif de son *pouvoir discrétionnaire* de refuser d’examiner des arguments non fondés relatifs à la *Charte*. Il concerne plutôt le refus injustifié d’un tel tribunal d’exercer sa *compétence* pour examiner des arguments fondés sur la *Charte*.

## II. Faits et décisions des juridictions inférieures

### A. *Contexte*

[46] L’appelante, Elizabeth Bernard, se représente elle-même et tente diligemment, depuis plus de 20 ans, de protéger ses droits à la vie privée dans le contexte du travail.

[47] Tout au long de sa carrière dans la fonction publique fédérale, M<sup>me</sup> Bernard a refusé d’adhérer à un syndicat, comme elle en a d’ailleurs le droit. Toutefois, à titre d’employée « assujettie à la formule Rand », elle doit tout de même payer des cotisations syndicales.



[48] Ms. Bernard began her career as a federal public servant with Revenue Canada — Taxation (now the Canada Revenue Agency (“CRA”)) in 1991. She was a member of what was then the Professional and Management group. In 1992, the bargaining agent for that group, the Public Service Alliance of Canada (“PSAC”), sent Ms. Bernard a letter to her home. Upon inquiry, the CRA’s human resources department told Ms. Bernard that the CRA had provided her home address and other personal information to PSAC. Ms. Bernard thereupon filed a complaint with the Office of the Privacy Commissioner (“OPC”) alleging that the employer had disclosed her home address and Social Insurance Number (“SIN”) to PSAC without her consent.

[49] In May 1993, the OPC notified Ms. Bernard that her complaint had been upheld. And, in response to the OPC’s recommendations, Treasury Board of Canada officials ceased disclosing employees’ home addresses and SINs. Ms. Bernard thought this concluded the matter.

B. *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Treasury Board and Canada Revenue Agency, 2008 PSLRB 13 (CanLII) (“PIPSC 1”)*

[50] In 1995, Ms. Bernard accepted a position at the CRA with a different job classification, which was subsequently reclassified as Audit, Financial and Scientific (“AFS”). The Professional Institute of the Public Service of Canada (“PIPSC”) is the bargaining agent for this group.

[51] In 2007, PIPSC filed complaints against the Treasury Board and the CRA under s. 190(1)(b) and (g) of the *Public Service Labour Relations Act*, enacted by the *Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22 s. 2 (“*PSLRA*”). PIPSC alleged, amongst other things, that the employers’ failure to provide requested employee contact information meant that it had failed to bargain in good faith and constituted an unfair labour practice under ss. 185

[48] M<sup>me</sup> Bernard a commencé sa carrière comme fonctionnaire fédérale à Revenu Canada — Impôt (maintenant l’Agence du revenu du Canada (« ARC »)) en 1991. Elle était membre de ce qu’on appelait alors le groupe des Services professionnels et administratifs. L’année suivante, l’agent négociateur de ce groupe, l’Alliance de la Fonction publique du Canada (« AFPC ») lui a envoyé une lettre à son domicile. Lorsque M<sup>me</sup> Bernard a demandé au service des ressources humaines de l’ARC comment l’AFPC avait obtenu son adresse, on lui a répondu que l’ARC la lui avait fournie, ainsi que d’autres renseignements personnels. M<sup>me</sup> Bernard a alors déposé une plainte auprès du Commissariat à la protection de la vie privée (« CPVP »), alléguant que l’employeur avait communiqué son adresse résidentielle et son numéro d’assurance sociale (« NAS ») à l’AFPC sans son consentement.

[49] En mai 1993, le CPVP a avisé M<sup>me</sup> Bernard que sa plainte avait été accueillie. En réponse aux recommandations du CPVP, les fonctionnaires du Conseil du Trésor du Canada ont cessé de communiquer l’adresse résidentielle et le NAS des employés. M<sup>me</sup> Bernard croyait que cette victoire mettait fin à cette affaire.

B. *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor et Agence du revenu du Canada, 2008 CRTFP 13 (CanLII) (« IPFPC 1 »)*

[50] En 1995, M<sup>me</sup> Bernard a accepté un poste à l’ARC dans une catégorie d’emploi différente, qui a ensuite été classifié dans un groupe différent, le groupe Vérification, Finances et Sciences (« VFS »). L’Institut professionnel de la fonction publique du Canada (« IPFPC ») est l’agent négociateur de ce groupe.

[51] En 2007, l’IPFPC a déposé des plaintes contre le Conseil du Trésor et l’ARC en application des al. 190(1)b) et g) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, édictée par la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 (« *LRTFP* »). L’IPFPC soutenait notamment que le défaut des employeurs de lui fournir les coordonnées des employés qu’il avait demandées correspondait à un manquement à

and 186(1) of the *PSLRA*. The union had requested employees' names and position titles, as well as work and home telephone numbers, fax numbers, mailing addresses, and email addresses.

[52] In its February 2008 interim decision, the Public Service Labour Relations Board ("Board") held that the employers' "failure to provide the complainant with at least some of the employee contact information that it requested" constituted interference in the representation of employees within the meaning of s. 186(1)(a) of the *PSLRA* (para. 67). The Board directed the parties to reach an agreement on how much contact information had to be disclosed to the union in order to meet the requirements of the *PSLRA*.

[53] Ms. Bernard was neither a party to this proceeding, nor did she receive notice of it.

C. *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada Revenue Agency, 2008 PSLRB 58 (CanLII)* ("PIPSC 2")

[54] Following *PIPSC 1*, the CRA and the union came to an agreement and requested that its terms be incorporated into an order of the Board.

[55] Accordingly, on July 18, 2008, the Board issued a consent order. Under its terms, the CRA undertook to disclose to PIPSC on a quarterly basis the home addresses and telephone numbers of the AFS bargaining unit's members that the employer had in its human resources information system. PIPSC undertook to use that information only for the purposes of enabling it to fulfil its *PSLRA* representational obligations as exclusive bargaining agent, and to ensure that the personal information was securely stored and protected.

[56] Ms. Bernard was not a party to this proceeding. However, the CRA notified employees by

l'obligation de négocier de bonne foi et constituait une pratique déloyale au sens de l'art. 185 et du par. 186(1) de la *LRTFP*. Le syndicat avait demandé le nom et le titre du poste de chaque employé, ainsi que leurs numéros de téléphone, numéros de télécopieur et adresses postales et électroniques, tant à la maison qu'au travail.

[52] Dans sa décision provisoire rendue en février 2008, la Commission des relations de travail dans la fonction publique (« Commission ») a conclu que le « refus [des employeurs] de donner au plaignant au moins une partie des renseignements qu'il avait demandés » constituait une intervention dans la représentation des employés au sens de l'al. 186(1)a) de la *LRTFP* (par. 67). Elle a en outre ordonné aux parties de s'entendre sur les coordonnées qu'il fallait communiquer au syndicat pour satisfaire aux exigences de la *LRTFP*.

[53] M<sup>me</sup> Bernard n'a pas pris part à cette procédure et n'en a pas été avisée non plus.

C. *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Agence du revenu du Canada, 2008 CRTFP 58 (CanLII)* (« IPFPC 2 »)

[54] À la suite de la décision *IPFPC 1*, l'ARC et le syndicat sont parvenus à une entente et ont demandé que les modalités de cette dernière soient incorporées dans une ordonnance de la Commission.

[55] Le 18 juillet 2008, la Commission a donc rendu une ordonnance sur consentement. Selon cette dernière, l'ARC s'est engagée à communiquer trimestriellement à l'IPFPC les adresses et numéros de téléphone à domicile des membres de l'unité de négociation VFS dont l'employeur disposait dans son système d'information sur les ressources humaines. L'IPFPC s'est engagé, pour sa part, à utiliser ces renseignements uniquement pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en application de la *LRTFP* en matière de représentation à titre d'agent négociateur exclusif, et à s'assurer que les renseignements personnels soient protégés et conservés en toute sécurité.

[56] M<sup>me</sup> Bernard n'a pas pris part à cette procédure. Cependant, le 16 octobre 2008, l'ARC a

email of the Board's decision on October 16, 2008. Ms. Bernard received this email on October 20, 2008, upon returning to work from leave. She promptly filed a motion for, and was granted an extension of time to file an application for judicial review of the Board's *PIPSC 2* decision. She filed her application for judicial review on December 17, 2008.

D. *Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2010 FCA 40, 398 N.R. 325 (“*Bernard I*”)

[57] On judicial review, Ms. Bernard argued that the Board's order, mandating that the employer provide her home address and phone number to PIPSC, violated her privacy rights and infringed her s. 2(d) *Charter* right to freedom from association. She also argued that, as a party interested in the outcome of the Board's proceedings, she ought to have been given notice of the proceedings and a chance to participate.

[58] The Federal Court of Appeal granted Ms. Bernard's application for judicial review on the privacy ground, holding that the Board erred by simply adopting the agreement between the employer and the union without considering the privacy rights of parties not involved in the proceedings. The court declined to address Ms. Bernard's s. 2(d) *Charter* argument, stating that it was “premature to deal with the issues of the violation of Ms. Bernard's right of freedom of association” (para. 45).

[59] Consequently, the court remitted the matter to the Board for “re-determination and for a reasoned decision as to the information which the employer must provide the union in order to allow the latter to discharge its statutory obligations” (para. 42). The court further ordered the Board to give notice to Ms. Bernard of the proceedings and to give her the opportunity to participate.

envoyé un courriel à ses employés pour les aviser de la décision rendue par la Commission. M<sup>me</sup> Bernard, qui était alors en congé, a reçu ce courriel à son retour au travail le 20 octobre 2008. Elle a rapidement déposé une requête en prorogation du délai pour déposer une demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision de la Commission *IPFPC 2* et sa requête a été accueillie. Elle a déposé sa demande de contrôle judiciaire le 17 décembre 2008.

D. *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2010 CAF 40 (*CanLII*) (« *Bernard I* »)

[57] Lors du contrôle judiciaire, M<sup>me</sup> Bernard a soutenu que l'ordonnance de la Commission, enjoignant à l'employeur de fournir à l'IPFPC son adresse et son numéro de téléphone à domicile, portait atteinte à son droit à la vie privée ainsi qu'à son droit à la liberté de ne pas s'associer garanti par l'al. 2d) de la *Charte*. Elle a également fait valoir que, en qualité de partie intéressée à l'issue de la cause, elle aurait dû être avisée de l'instance et avoir eu la possibilité d'y participer.

[58] La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de M<sup>me</sup> Bernard en ce qui concerne le droit à la vie privée, concluant que la Commission avait commis une erreur en acceptant l'entente entre l'employeur et le syndicat sans tenir compte du droit à la vie privée de personnes n'ayant pas pris part à la procédure. Par ailleurs, la cour a refusé de répondre à l'argument de M<sup>me</sup> Bernard fondé sur l'al. 2d) de la *Charte*, affirmant qu'il était « prématuré d'examiner les questions concernant l'atteinte aux droits à la liberté d'association de M<sup>me</sup> Bernard » (par. 45).

[59] Par conséquent, la Cour d'appel fédérale a renvoyé le dossier à la Commission « pour qu'elle statue à nouveau sur l'affaire et rende une décision motivée quant aux renseignements que l'employeur doit communiquer au syndicat de telle sorte qu'il soit permis à ce dernier de s'acquitter des obligations légales lui incombant » (par. 42). La cour a également ordonné à la Commission d'aviser M<sup>me</sup> Bernard de la procédure et de l'inviter à y participer.

E. *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2011 PSLRB 34 (CanLII) (“PIPSC 3”)

[60] The Board heard submissions from the parties and from interveners, including Ms. Bernard. Although Ms. Bernard once again raised her s. 2(d) *Charter* argument, the Board refused to address it, holding that the Federal Court of Appeal’s directions in *Bernard I* limited it to a reconsideration of the consent order in light of employees’ privacy rights.

[61] The Board concluded that its PIPSC 2 order complied with s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21. The Board nevertheless amended the order, inserting the following further privacy safeguards: home contact information transmitted by the employer must be password protected or encrypted; the employer must advise employees on their initial appointment to a position in the bargaining unit that their home contact information will be shared with the union; and, when the union receives updated information from the employer, outdated home contact information must be appropriately disposed of.

F. *Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 92, 431 N.R. 317 (“Bernard II”)

[62] Ms. Bernard brought an application for judicial review to set aside the Board’s decision in PIPSC 3. She argued, amongst other things, that the Board erred in declining to consider her *Charter* arguments. The Federal Court of Appeal rejected this argument on the basis that its order in *Bernard I* limited the Board’s jurisdiction to determining how much contact information the CRA could disclose to PIPSC without infringing employees’ privacy rights.

E. *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Agence du revenu du Canada*, 2011 CRTFP 34 (CanLII) (« IPFPC 3 »)

[60] La Commission a entendu les observations des parties et des intervenants, y compris M<sup>me</sup> Bernard. Cette dernière a, encore une fois, soulevé son argument fondé sur l’al. 2d) de la *Charte*, mais la Commission a de nouveau refusé d’y répondre, concluant que les directives de la Cour d’appel fédérale dans *Bernard I* lui permettaient uniquement de réexaminer l’ordonnance sur consentement au regard du droit à la vie privée des employés.

[61] La Commission a conclu que l’ordonnance qu’elle avait rendue dans IPFPC 2 respectait les exigences de l’al. 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21 (« LPRP »). Elle a tout de même modifié l’ordonnance, y ajoutant à titre de mesures de protection de la vie privée : que les coordonnées résidentielles transmises par l’employeur doivent être protégées par mot de passe ou chiffrées; que, dès la nomination initiale d’un employé à un poste faisant partie de l’unité de négociation, l’employeur doit l’aviser que ses coordonnées résidentielles seront communiquées au syndicat; et que, quand le syndicat reçoit des renseignements à jour de l’employeur, il doit dûment disposer des coordonnées domiciliaires désuètes.

F. *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 92 (CanLII) (« Bernard II »)

[62] M<sup>me</sup> Bernard a déposé une demande de contrôle judiciaire pour faire annuler la décision rendue par la Commission dans IPFPC 3. Elle a notamment soutenu que la Commission avait commis une erreur en refusant d’examiner ses arguments fondés sur la *Charte*. La Cour d’appel fédérale a rejeté cette thèse au motif que l’ordonnance qu’elle avait rendue dans *Bernard I* autorisait la Commission uniquement à déterminer quelles coordonnées l’ARC pouvait communiquer à l’IPFPC sans porter atteinte au droit à la vie privée de ses employés.

[63] The court went on to conclude that the Board's decision was reasonable, and dismissed the application for judicial review.

[64] Ms. Bernard subsequently appealed to this Court, and leave was granted on November 22, 2012.

### III. Analysis

#### A. *Section 186(1)(a) of the PSLRA*

[65] I do not disagree with the conclusion of Justices Abella and Cromwell that the Board made a reasonable decision in holding that s. 186(1)(a) of the *PSLRA* requires the employer to disclose some employee contact information to the union and that this complies with s. 8(2)(a) of the *Privacy Act*.

[66] I would add that the contention of the *amicus curiae* that s. 186(1)(a) of the *PSLRA* is a prohibition provision and not a duty-imposing provision cannot be sustained.

[67] Labour boards have previously found positive obligations stemming from s. 186(1)(a) of the *PSLRA* and similar legislative provisions that prohibit employers from interfering with unions: see *Public Service Alliance of Canada v. Treasury Board (Canada Border Services Agency)*, 2012 PSLRB 58 (CanLII); *Canadian National Railway Company* (1994), 95 di 78; *Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1983] OLRB Rep. 1411; *CFTO-TV Limited* (1995), 97 di 35; *Ford Glass Limited*, [1986] OLRB Rep. 624; *Canada Post Corporation* (1994), 96 di 48; *York University*, [2007] OLRB Rep. 659.

[68] It was not unreasonable for the Board in *PIPSC I* to conclude that the employer was required by s. 186(1)(a) of the *PSLRA* to disclose some employee information to the union.

[63] La Cour d'appel fédérale a ensuite conclu que la décision de la Commission était raisonnable et a rejeté la demande de contrôle judiciaire.

[64] M<sup>me</sup> Bernard a ultérieurement demandé l'autorisation d'interjeter appel devant notre Cour, autorisation qui lui a été accordée le 22 novembre 2012.

### III. Analyse

#### A. *L'alinéa 186(1)a) de la LRTFP*

[65] Je ne rejette pas la conclusion des juges Abella et Cromwell selon laquelle la Commission a rendu une décision raisonnable en concluant que l'al. 186(1)a) de la *LRTFP* oblige l'employeur à communiquer au syndicat certaines des coordonnées des employés et que cela respecte les exigences de l'al. 8(2)a) de la *LPRP*.

[66] J'ajouterais qu'on ne peut retenir la prétention de l'*amicus curiae* selon laquelle l'al. 186(1)a) de la *LRTFP* est une disposition prohibitive, et non une disposition établissant une obligation.

[67] Des commissions et conseils des relations de travail ont déjà conclu que des obligations positives découlaient de l'al. 186(1)a) de la *LRTFP* et de dispositions législatives semblables interdisant aux employeurs d'intervenir dans les activités des syndicats : voir *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2012 CRTFP 58 (CanLII); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1994), 95 di 78; *Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1983] OLRB Rep. 1411; *CFTO-TV Limited* (1995), 97 di 35; *Ford Glass Limited*, [1986] OLRB Rep. 624; *Société canadienne des postes* (1994), 96 di 48; *York University*, [2007] OLRB Rep. 659.

[68] Il n'était pas déraisonnable que la Commission conclût, dans *IPFPC I*, que l'al. 186(1)a) de la *LRTFP* obligeait l'employeur à communiquer au syndicat certains renseignements sur les employés.

B. *The Board Erred in Refusing to Consider Ms. Bernard's Section 2(d) Charter Arguments*

[69] My colleagues intimate, at para. 35, that the Board correctly declined to determine Ms. Bernard's s. 2(d) *Charter* arguments. With respect, I cannot agree.

[70] Ms. Bernard is a self-represented litigant. She believes that the Board's order compelling the disclosure of her home address and telephone number to the bargaining agent forces her to associate with the union she has chosen not to join, and thus violates her s. 2(d) *Charter* right to freedom from association. Ms. Bernard tried to raise her s. 2(d) *Charter* claims before both the Board and the Federal Court of Appeal. Despite her assiduous efforts, both the Board and the court refused to consider these arguments.

[71] In holding that the Board in *PIPSC 3* was barred from determining Ms. Bernard's s. 2(d) *Charter* arguments, the Board and the Federal Court of Appeal erred in law. This jurisdictional error resulted in a denial of procedural fairness insofar as Ms. Bernard was deprived of her right to make her *Charter* submissions and have them considered and ruled upon.

(1) The Board Had a Duty to Decide Ms. Bernard's Section 2(d) Charter Arguments

[72] This Court has recently affirmed that “administrative tribunals with the authority to decide questions of law and whose *Charter* jurisdiction has not been clearly withdrawn have the corresponding authority — and duty — to consider and apply the Constitution, including the *Charter*, when answering those legal questions”: *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at para. 77 (emphasis added). This aligns with the principle that Canadians

B. *La Commission a commis une erreur en refusant d'examiner les arguments fondés sur l'al. 2d) de la Charte soulevés par M<sup>me</sup> Bernard*

[69] Mes collègues laissent entendre, au par. 35, que la Commission a refusé à juste titre de se prononcer sur les arguments de M<sup>me</sup> Bernard fondés sur l'al. 2d) de la *Charte*. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

[70] M<sup>me</sup> Bernard se représente seule. Selon elle, l'ordonnance dans laquelle la Commission exige la communication à l'agent négociateur de ses adresse et numéro de téléphone à domicile l'oblige à s'associer au syndicat auquel elle a choisi de ne pas adhérer et, par conséquent, porte atteinte au droit à la liberté de ne pas s'associer que lui garantit l'al. 2d) de la *Charte*. M<sup>me</sup> Bernard a tenté de soulever ses arguments fondés sur cette disposition tant devant la Commission que devant la Cour d'appel fédérale. Malgré ses efforts soutenus, tant l'une que l'autre ont refusé d'examiner ces arguments.

[71] En concluant que la Commission, dans *IPFPC 3*, ne pouvait pas examiner les arguments de M<sup>me</sup> Bernard fondés sur l'al. 2d) de la *Charte*, tant la Commission que la Cour d'appel fédérale ont commis une erreur de droit. Cette erreur quant à la compétence a entraîné un manquement à l'équité procédurale dans la mesure où M<sup>me</sup> Bernard a été privée de son droit de présenter des observations fondées sur la *Charte*, ainsi que de son droit de les voir prises en considération et tranchées.

(1) La Commission avait l'obligation de se prononcer sur les arguments de M<sup>me</sup> Bernard fondés sur l'al. 2d) de la Charte

[72] La Cour a récemment affirmé que « le tribunal administratif investi du pouvoir de trancher des questions de droit et dont la compétence pour appliquer la *Charte* n'est pas clairement écartée a le pouvoir — et le devoir — correspondant d'examiner et d'appliquer la Constitution, y compris la *Charte*, pour se prononcer sur ces questions de nature juridique » : *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, par. 77 (je souligne). Cela est conforme

should be permitted to present their *Charter* claims in the most accessible forum available, without having to bifurcate claims into separate proceedings (*Conway*, at para. 79).

[73] In this case, the Board possessed the implied jurisdiction to decide questions of law, pursuant to s. 36 of the *PSLRA*:

**36.** The Board administers this Act and it may exercise the powers and perform the functions that are conferred or imposed on it by this Act, or as are incidental to the attainment of the objects of this Act, including the making of orders requiring compliance with this Act, regulations made under it or decisions made in respect of a matter coming before the Board.

There is no reason why the Board’s power to administer the *PSLRA* would not include the authority to decide questions of law linked to matters properly before it.

[74] Section 42 of the *PSLRA* further supports the conclusion that the Board is able to decide questions of law:

**42.** In making an order or a decision, or doing any other thing in relation to any person under this Act, the Board may do so either generally or in any particular case or class of cases.

For a decision of the Board to apply generally or to a class of cases, it must, by necessary implication, involve the determination of legal questions.

[75] Nowhere in the *PSLRA* is it “clearly demonstrated that the legislature intended to exclude the *Charter* from the [Board’s] jurisdiction” (*Conway*, at para. 81).

[76] As explained below, the Board possessed both the authority and the duty to decide Ms. Bernard’s *Charter* arguments.

au principe selon lequel les Canadiens devraient pouvoir présenter leurs allégations fondées sur la *Charte* devant le tribunal qui est le plus à leur portée, sans qu’ils aient à fractionner leur recours (*Conway*, par. 79).

[73] En l’espèce, en vertu de l’art. 36 de la *LRTFP*, la Commission possède la compétence implicite pour trancher les questions de droit :

**36.** La Commission met en œuvre la présente loi et exerce les pouvoirs et fonctions que celle-ci lui confère ou qu’implique la réalisation de ses objets, notamment en rendant des ordonnances qui exigent l’observation de la présente loi, des règlements pris sous le régime de celle-ci ou des décisions qu’elle rend sur les questions qui lui sont soumises.

Rien ne justifierait que les pouvoirs de la Commission liés à l’application de la *LRTFP* n’incluent pas le pouvoir de trancher les questions de droit se rapportant aux affaires dont elle est régulièrement saisie.

[74] L’article 42 de la *LRTFP* renforce la conclusion selon laquelle la Commission peut trancher des questions de droit :

**42.** Les ordonnances, les décisions et les autres actes pris par la Commission à l’égard de toute personne peuvent être de portée générale ou ne viser qu’un cas ou une catégorie de cas.

Pour qu’une décision de la Commission soit de portée générale ou ne vise qu’une catégorie de cas, elle doit, par déduction nécessaire, trancher des questions de droit.

[75] Nulle part dans la *LRTFP* n’est-il « clairement établi que le législateur a voulu soustraire l’application de la *Charte* à la compétence [de la Commission] » (*Conway*, par. 81).

[76] Comme je l’expliquerai plus loin, la Commission avait à la fois le pouvoir et l’obligation de statuer sur les arguments de M<sup>me</sup> Bernard fondés sur la *Charte*.

(2) PIPSC 1 Is Part of the Same Proceeding as PIPSC 2 and PIPSC 3

[77] The government and the union submit that Ms. Bernard's s. 2(d) *Charter* arguments should not be heard because they pertain to the Board's holding in *PIPSC 1*, a decision she did not challenge by way of judicial review and which — they maintain — was beyond the Board's reconsideration hearing jurisdiction.

[78] Contrary to their submissions, the Board's holding in *PIPSC 1* is not immune from analysis. Although Ms. Bernard did not directly challenge *PIPSC 1*, that decision is part of the same proceeding as *PIPSC 2* and *PIPSC 3*. The Board repeatedly characterized *PIPSC 1* as an "interim decision" (*PIPSC 1*, at para. 1; *PIPSC 2*, at para. 2). The Board's holding in *PIPSC 1* — that the employer must disclose "some" employee information to the bargaining agent — is by necessary implication imported into *PIPSC 2*, which clarified the precise content of this duty to disclose.

[79] Ms. Bernard's decision to challenge *PIPSC 2* by means of judicial review was not an attempt to circumvent proper procedural channels. On the contrary: given that she was not a party to *PIPSC 1* and that she only received notice, by email, of *PIPSC 2* — which included a hyperlink to the Board's decision and informed her that the employer was now required to disclose employee home contact information to PIPSC — she pursued an eminently logical course of action.

[80] The Federal Court of Appeal itself recognized the procedural conundrum in which Ms. Bernard found herself. In *Bernard I*, the court pointed out that, with respect to *PIPSC 1*, "[n]one of the Rand formula employees were given notice of

(2) Les décisions IPFPC 1, IPFPC 2 et IPFPC 3 ont été rendues dans le cadre de la même affaire

[77] Le gouvernement et le syndicat prétendent que les arguments de M<sup>me</sup> Bernard fondés sur l'al. 2d) de la *Charte* ne devraient pas être entendus parce qu'ils se rapportent à la conclusion tirée par la Commission dans *IPFPC 1*, une décision qu'elle n'a pas contestée par voie de contrôle judiciaire et qui, selon eux, outrepassait le pouvoir de réexamen de la Commission.

[78] Contrairement à leurs prétentions, la conclusion tirée par la Commission dans *IPFPC 1* n'est pas à l'abri d'une analyse. Bien que M<sup>me</sup> Bernard ne l'ait pas directement contestée, cette décision a été rendue dans le cadre de la même affaire que celle qui a donné lieu aux décisions *IPFPC 2* et *IPFPC 3*. La Commission a, à maintes reprises, qualifié la décision dans *IPFPC 1* de « décision provisoire » (*IPFPC 1*, par. 1) ou d'« ordonnance provisoire » (*IPFPC 2*, par. 2). En outre, la conclusion qu'elle a tirée dans la décision *IPFPC 1* — selon laquelle l'employeur doit communiquer « une partie » des renseignements sur ses employés à un agent négociateur — est, par déduction nécessaire, incorporée à la décision *IPFPC 2*, qui clarifiait le contenu exact de cette obligation de communication.

[79] La décision de M<sup>me</sup> Bernard de contester la décision *IPFPC 2* par voie de contrôle judiciaire ne visait pas à contourner les voies procédurales appropriées. Bien au contraire, comme elle n'était pas partie à l'instance *IPFPC 1* et qu'elle a seulement été avisée de la décision *IPFPC 2* par courriel — lequel incluait un hyperlien vers la décision de la Commission et l'informait que l'employeur devait maintenant communiquer à l'IPFPC les coordonnées résidentielles de ses employés —, M<sup>me</sup> Bernard a pris des mesures tout à fait logiques.

[80] La Cour d'appel fédérale a elle-même reconnu le problème procédural auquel faisait face M<sup>me</sup> Bernard. En effet, dans l'arrêt *Bernard I*, elle a souligné, en ce qui concerne la décision *IPFPC 1*, qu'« [a]ucun des employés assujettis



the application, nor given a chance to intervene” (para. 9). It also acknowledged that Ms. Bernard did not challenge *PIPSC 1* by way of judicial review “because she was not aware of it at the material time” (para. 20).

[81] Ms. Bernard raised her s. 2(d) *Charter* arguments three times during the course of these proceedings. She is still waiting for an answer. Contrary to the argument of the respondents, this Court should not withhold one simply for the reason — an erroneous one, in my view — that she should have challenged *PIPSC 1*, and not *PIPSC 2*.

[82] In any event, at its core, Ms. Bernard’s s. 2(d) *Charter* challenge strikes not at the general *PIPSC 1* holding that the employer must provide “some” employee contact information to the bargaining agent, but rather at the *PIPSC 2* particularization that the employer must disclose employees’ home addresses and home telephone numbers to the bargaining agent. She conceded that “*PIPSC 1* is entitled to some contact information, namely, work addresses and work telephone numbers” (*PIPSC 3*, at para. 130). And, in her submissions during the reconsideration hearing, she requested that the Board change its order of July 18, 2008 — that is, *PIPSC 2* — so that instead of home address and telephone number, “only work address and telephone numbers should be provided” (*PIPSC 3*, at para. 141).

[83] The government’s contention in oral argument that Ms. Bernard should have initiated a separate action in which to invoke her *Charter* claim is inconsistent with this Court’s recognition that claimants are entitled to “assert their *Charter* rights in the most accessible forum available” (*Conway*, at para. 79).

à la formule Rand n’a été avisé de la demande, et aucune chance ne leur a été donnée d’intervenir dans le débat » (par. 9). La cour a aussi reconnu que M<sup>me</sup> Bernard n’a pas contesté la décision *IPFPC 1* en présentant une demande de contrôle judiciaire « étant donné qu’elle n’en avait pas connaissance à l’époque » (par. 20).

[81] M<sup>me</sup> Bernard a soulevé ses arguments fondés sur l’al. 2d) de la *Charte* trois fois au cours de l’affaire. Elle attend toujours une réponse. Contrairement à ce que prétendent les intimés, notre Cour ne devrait pas refuser de répondre pour la simple raison — qui est erronée à mon avis — qu’elle aurait dû contester la décision *IPFPC 1*, et non la décision *IPFPC 2*.

[82] Quoi qu’il en soit, la contestation de M<sup>me</sup> Bernard fondée sur l’al. 2d) de la *Charte* vise essentiellement la précision apportée dans la décision *IPFPC 2* selon laquelle l’employeur doit communiquer les adresses et les numéros de téléphone résidentiels de ses employés à l’agent négociateur, et non la conclusion générale tirée dans la décision *IPFPC 1* selon laquelle l’employeur doit communiquer « une partie » des coordonnées de ses employés à l’agent négociateur. M<sup>me</sup> Bernard a reconnu que « [l]’*IPFPC 1* a le droit d’obtenir certaines coordonnées, à savoir les adresses et les numéros de téléphone au travail » (*IPFPC 3*, par. 130). En outre, dans les observations qu’elle a présentées pendant l’audience de réexamen, elle a demandé que la Commission modifie son ordonnance du 18 juillet 2008 — c’est-à-dire, *IPFPC 2* — de sorte que « seuls les adresses et les numéros de téléphone au travail devraient être fournis » plutôt que les adresses et numéros de téléphone résidentiels (*IPFPC 3*, par. 141).

[83] Durant sa plaidoirie, le gouvernement a soutenu que M<sup>me</sup> Bernard aurait dû tenter une action distincte pour soulever ses arguments fondés sur la *Charte*. Cet argument est toutefois incompatible avec le fait que la Cour a reconnu que les demandeurs peuvent « faire valoir les droits et les libertés que leur garantit la *Charte* devant le tribunal qui est le plus à leur portée » (*Conway*, par. 79).

(3) Bernard I Did Not Limit the Board's Jurisdiction

[84] In my respectful opinion, the Board in *PIPSC 3* and the Federal Court of Appeal in *Bernard II* erred in holding that the court in *Bernard I* limited the Board's jurisdiction on reconsideration to the question of "how much home contact information the CRA may disclose to PIPSC without infringing Ms. Bernard's rights under the *Privacy Act*" and precluded consideration of Ms. Bernard's s. 2(d) *Charter* arguments (*Bernard II*, at para. 31; see also *PIPSC 3*, at paras. 9 and 158).

[85] In *Bernard I*, the Federal Court of Appeal merely stated that "it would be premature to deal with the issues of the violation of Ms. Bernard's right of freedom of association" (para. 45 (emphasis added)). Read in context, it is apparent that the court was saying that it would be premature for the court to consider this *Charter* question because it was remitting the matter to the Board for redetermination. That is, the court recognized that the *Charter* question could only properly be considered once the Board had conclusively determined what information the employer had to disclose.

[86] And, the only logical interpretation of the Federal Court of Appeal's use of the term "premature" in *Bernard I* is that it expected the s. 2(d) *Charter* issue to be addressed at some stage of the proceedings. Given that this *Charter* question was necessarily bound up in the determination of what information had to be disclosed, the Board's redetermination hearing was the proper forum for consideration of the *Charter* question.

[87] The *Conway* test for determining whether an administrative tribunal has jurisdiction to hear *Charter* claims asks whether the legislature has clearly excluded consideration of these issues from the tribunal's jurisdiction. It would be inconsistent with *Conway* to now hold that a reviewing court

(3) L'arrêt Bernard I ne limitait pas la compétence de la Commission

[84] À mon humble avis, la Commission, dans *IPFPC 3*, et la Cour d'appel fédérale, dans *Bernard II*, ont commis une erreur en concluant que cette dernière, dans *Bernard I*, avait restreint la compétence de la Commission à « [la détermination des] coordonnées personnelles que l'ARC peut communiquer à l'IPFPC sans porter atteinte aux droits conférés à M<sup>me</sup> Bernard par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* » et l'avait empêchée d'examiner les arguments de M<sup>me</sup> Bernard fondés sur l'al. 2d) de la *Charte* (*Bernard II*, par. 31; voir aussi *IPFPC 3*, par. 9 et 158).

[85] Dans *Bernard I*, la Cour d'appel fédérale a simplement indiqué qu'« il serait prématuré d'examiner les questions concernant l'atteinte aux droits à la liberté d'association de M<sup>me</sup> Bernard » (par. 45 (je souligne)). En lisant ce passage dans son contexte, il est clair qu'elle voulait dire qu'il serait prématuré pour elle, la cour, d'examiner la question de la *Charte*, puisqu'elle renvoyait l'affaire à la Commission et lui ordonnait de statuer à nouveau. Autrement dit, la Cour d'appel fédérale a reconnu que les questions relatives à la *Charte* pouvaient être examinées à juste titre, mais seulement après que la Commission eut définitivement déterminé les coordonnées que l'employeur devait communiquer.

[86] L'emploi du mot « prématuré » dans *Bernard I* ne peut être interprété logiquement que d'une seule façon : soit que la Cour d'appel fédérale s'attendait à ce que la question relative à l'al. 2d) de la *Charte* soit examinée à un certain moment au cours des procédures. Comme cette question était inextricablement liée à celle de savoir quels renseignements devaient être communiqués, la Commission, dans le contexte du réexamen, était le forum qui devait être saisi.

[87] Suivant le critère établi dans l'arrêt *Conway* pour déterminer si un tribunal administratif a compétence pour entendre des allégations fondées sur la *Charte*, il faut se demander si le législateur a clairement exclu l'examen de ces questions de la compétence du tribunal. Conclure qu'une cour de

may exclude such a fundamental aspect of a tribunal's jurisdiction.

[88] With respect, I disagree with the Federal Court of Appeal's intimation in *Bernard II* that, were the Board to have considered Ms. Bernard's *Charter* argument in *PIPSC 3*, this would have amounted to an unauthorized reconsideration of *PIPSC 1* (para. 31). As explained above, *PIPSC 1* is part of the same proceeding and, in any case, Ms. Bernard's s. 2(d) *Charter* argument equally targets the Board's holding in *PIPSC 2*. Ms. Bernard is not asking the Board to reconsider its *PIPSC 1* decision; she is simply trying to vindicate her right to have her *Charter* claims decided.

[89] The respondent PIPSC contends that, since the Federal Court of Appeal in *Bernard II* was interpreting its own earlier order in *Bernard I*, this Court should defer to the finding in *Bernard II* that the Board was precluded from considering the *Charter* issue.

[90] However, the interpretation of the order in *Bernard I* is not subject to a deferential review by this Court. Indeed, the stock in trade of this Court is to review decisions of lower courts on questions of law of public importance on the standard of correctness, not on assumptions about what the lower court intended, as my colleagues assert at para. 35. There is therefore no reason to defer to the opinion of the court below in *Bernard II* regarding its interpretation of the decision in *Bernard I*. In any event, even on a deferential review, it is self-evident that a result that denies Ms. Bernard the opportunity to make her *Charter* arguments in these proceedings — as would be achieved under the *Bernard II* holding — is simply unreasonable.

révision peut exclure un aspect aussi fondamental de la compétence d'un tribunal irait à l'encontre de l'arrêt *Conway*.

[88] En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec l'allusion faite par la Cour d'appel fédérale dans *Bernard II* selon laquelle, si la Commission avait analysé les arguments de M<sup>me</sup> Bernard fondés sur l'al. 2d) de la *Charte* dans *IPFPC 3*, cela aurait constitué un réexamen non autorisé de la décision *IPFPC 1* (par. 31). Comme je l'ai déjà expliqué, cette décision a été rendue dans le cadre de la même affaire que les décisions *IPFPC 2* et *IPFPC 3*. En outre, les arguments de M<sup>me</sup> Bernard fondés sur l'al. 2d) de la *Charte* visent tout autant la décision *IPFPC 2* rendue par la Commission. M<sup>me</sup> Bernard ne demande pas à la Commission de réviser *IPFPC 1*; elle tente simplement de faire valoir son droit de voir tranchés ses arguments fondés sur la *Charte*.

[89] L'intimé IPFPC prétend que, comme la Cour d'appel fédérale a interprété, dans *Bernard II*, l'ordonnance qu'elle avait elle-même rendue dans *Bernard I*, la Cour devrait s'en remettre à la décision rendue dans *Bernard II* selon laquelle la Commission ne pouvait pas examiner les questions relatives à la *Charte*.

[90] Or, l'interprétation de l'ordonnance qui a été prononcée dans *Bernard I* n'a pas à faire l'objet d'un contrôle empreint de déférence de la part de notre Cour. D'ailleurs, celle-ci est chargée d'examiner les décisions de tribunaux d'instance inférieure en ce qui a trait à des questions de droit de portée générale suivant la norme de la décision correcte, et non en se fondant sur des hypothèses quant à l'intention de ces tribunaux comme l'affirment mes collègues au par. 35. Il n'y a donc aucune raison de s'en remettre à l'opinion de la Cour d'appel fédérale dans *Bernard II* en ce qui concerne son interprétation de la décision rendue dans *Bernard I*. Quoiqu'il en soit, même dans le cadre d'un contrôle empreint de déférence, il est évident qu'un résultat ayant pour effet de priver M<sup>me</sup> Bernard de la possibilité de présenter ses arguments fondés sur la *Charte* dans le cadre de telles procédures — comme cela serait le cas par suite de l'application de la décision rendue dans *Bernard II* — serait tout simplement déraisonnable.

C. *This Court Should Address the Section 2(d) and Section 8 Charter Arguments*

[91] The respondents suggest that, even if the Board’s failure to hear Ms. Bernard’s *Charter* arguments amounted to an error in law, this Court should not decide these arguments because they raise new issues; rather, the respondents maintain that they should be remitted to the Board for consideration. For the reasons that follow, I disagree.

[92] I acknowledge that Ms. Bernard’s *Charter* arguments were not addressed by the Board and the Federal Court of Appeal and that the practice of this Court is generally not to determine issues not dealt with in the forums below. However, that is not a rule of mandatory application in all cases.

[93] This Court outlined the two-step test for determining whether an appellate court may address an argument not decided by the lower courts in *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712, at para. 38. First, is the argument a “new issue” on appeal? If so, do the evidentiary record and the interests of justice support an exception to the general rule that a new issue cannot be raised on appeal?

(1) Ms. Bernard’s *Charter* Arguments Are Not New Issues

[94] This Court must first determine whether Ms. Bernard’s s. 2(d) and s. 8 *Charter* arguments are “new issues” on appeal — that is, whether they are “legally and factually distinct” from the issues before the lower courts (*Quan*, at para. 39). Ms. Bernard made — or attempted to make — her s. 2(d) *Charter* arguments from the outset, as part of her application for judicial review in *Bernard I*, before the Board in *PIPSC 3*, and before the Federal Court of Appeal in *Bernard II*.

C. *La Cour devrait examiner les arguments fondés sur l’al. 2d) et sur l’art. 8 de la Charte*

[91] Les intimés prétendent que, même si le défaut par la Commission d’entendre les arguments de M<sup>me</sup> Bernard fondés sur la *Charte* constituait une erreur de droit, la Cour ne devrait pas statuer sur ces arguments puisqu’ils soulèvent de nouvelles questions. Selon eux, ces arguments devraient plutôt être renvoyés à la Commission pour qu’elle les examine à nouveau. Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas d’accord.

[92] Je reconnais que la Commission et la Cour d’appel fédérale n’ont pas examiné les arguments de M<sup>me</sup> Bernard fondés sur la *Charte* et que la Cour n’a pas coutume de trancher les questions qui n’ont pas été traitées par les tribunaux d’instance inférieure. Cependant, ce n’est pas une règle obligatoire dans tous les cas.

[93] Au paragraphe 38 de l’arrêt *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712, la Cour a énoncé le critère à deux volets qui permet de déterminer si une cour d’appel peut examiner un argument qui n’a pas été traité par les tribunaux d’instance inférieure. L’argument constitue-t-il une « nouvelle question » en appel? Si oui, la preuve versée au dossier et les intérêts de la justice justifient-ils que le tribunal applique l’exception à la règle générale empêchant qu’une nouvelle question soit soulevée en appel?

(1) Les arguments de M<sup>me</sup> Bernard fondés sur la *Charte* ne sont pas de nouvelles questions

[94] La Cour doit d’abord déterminer si les arguments de M<sup>me</sup> Bernard fondés sur l’al. 2d) et sur l’art. 8 de la *Charte* sont de « nouvelles questions » en appel — c’est-à-dire des questions qui sont « différente[s] sur les plans juridique et factuel » de celles soulevées devant les tribunaux d’instance inférieure (*Quan*, par. 39). Dès le départ, M<sup>me</sup> Bernard a présenté — ou a essayé de présenter — ses arguments fondés sur l’al. 2d) de la *Charte*. Elle l’a déjà fait dans le cadre de sa demande de contrôle judiciaire qui a donné lieu à l’arrêt *Bernard I*, devant la Commission dans *IPFPC 3*, puis devant la Cour d’appel fédérale dans *Bernard II*.

[95] With respect to s. 8 of the *Charter*, the respondent PIPSC — in its response to Ms. Bernard’s application for leave to appeal — stated that Ms. Bernard had made a s. 8 *Charter* argument in the proceedings below (memorandum of argument, at para. 53). This would suggest that it is not a new issue. However, in its factum, PIPSC stressed that no such argument was previously made (para. 96).

[96] Even were Ms. Bernard’s s. 2(d) and s. 8 *Charter* arguments to be characterized as “new issues”, the second step of the *Quan* test reinforces the view that this Court ought to decide these arguments.

(2) The Evidentiary Record and Interests of Justice Justify an Exception to the Rule That a New Issue Cannot Be Raised on Appeal

[97] The second step of the *Quan* test asks whether the evidentiary record and the interests of justice support an exception to the general rule that a new issue cannot be raised on appeal (para. 38; see also *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 5). In my view, the circumstances of this case support application of the exception.

(a) *Evidentiary Record*

[98] The evidentiary record in this case is sufficient for this Court’s inquiry into the s. 2(d) *Charter* issue. The reasons of the Board and the Federal Court of Appeal reflect the fact that Ms. Bernard presented this claim three times: *Bernard I* (para. 24), *PIPSC 3* (para. 9), and *Bernard II* (para. 29). She now asks this Court to address it. The respondents are sophisticated parties who had ample opportunity to respond to the s. 2(d) constitutional question stated by this Court. And, at no point did the respondents argue that they would be prejudiced were this Court to decide the s. 2(d) *Charter* question.

[95] S’agissant de l’art. 8 de la *Charte*, l’intimé IPFPC lui-même — dans sa réponse à la demande d’autorisation d’interjeter appel présentée par M<sup>me</sup> Bernard — a indiqué que M<sup>me</sup> Bernard avait présenté un argument fondé sur l’art. 8 de la *Charte* devant les tribunaux d’instance inférieure (mémoire, par. 53). On peut donc penser qu’il ne s’agit pas d’une nouvelle question. Cependant, dans son mémoire d’appel, l’IPFPC a souligné qu’aucun argument de la sorte n’avait jamais été présenté (par. 96).

[96] Même si les arguments de M<sup>me</sup> Bernard fondés sur l’al. 2d) et sur l’art. 8 de la *Charte* étaient considérés comme de « nouvelles questions », le deuxième volet du critère établi dans l’arrêt *Quan* renforce l’idée que la Cour devrait statuer sur ces arguments.

(2) La preuve versée au dossier et l’intérêt de la justice justifient l’application d’une exception à la règle empêchant qu’une nouvelle question soit soulevée en appel

[97] Le deuxième volet du critère établi dans l’arrêt *Quan* consiste à déterminer si la preuve versée au dossier et l’intérêt de la justice justifient l’application d’une exception à la règle générale empêchant qu’une nouvelle question soit soulevée en appel (par. 38; voir aussi *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 5). À mon avis, les circonstances de l’espèce justifient l’application de l’exception.

a) *Preuve versée au dossier*

[98] En l’espèce, la preuve versée au dossier est suffisante pour permettre à la Cour d’examiner la question relative à l’al. 2d) de la *Charte*. Les motifs de la Commission et de la Cour d’appel fédérale reflètent le fait que M<sup>me</sup> Bernard a présenté cet argument à trois reprises : *Bernard I* (par. 24), *IPFPC 3* (par. 9) et *Bernard II* (par. 29). M<sup>me</sup> Bernard demande maintenant à la Cour de se prononcer. Les intimés sont des parties bien informées qui ont eu amplement l’occasion de répondre à la question constitutionnelle relative à l’al. 2d) de la *Charte* formulée par la Cour. En outre, ils n’ont jamais affirmé qu’ils subiraient un préjudice si la Cour statuait sur cette question.

[99] Similarly, the respondents substantively addressed Ms. Bernard's s. 8 *Charter* claims in their written submissions before this Court, and did not argue that prejudice would result should this Court proceed to consider the issue.

(b) *Interests of Justice*

[100] Ms. Bernard's methodical attempts to have her *Charter* arguments addressed were consistently denied by the Board and the Federal Court of Appeal. The *Conway* principle is that tribunals have the authority and duty to "consider and apply the Constitution, including the *Charter*" (para. 77 (emphasis added)). Had leave to appeal to this Court not been granted, Ms. Bernard would have been entirely precluded from having her s. 2(d) and s. 8 *Charter* claims addressed in the course of these proceedings before the Board and the Federal Court of Appeal.

[101] It is therefore in the interests of justice for this Court to address these arguments now.

(3) There Is No Violation of Section 2(d) Freedom From Association

[102] Despite the view expressed by my colleagues at para. 35 that Ms. Bernard's s. 2(d) *Charter* argument "manifestly has no merit", they themselves give the argument more than the back of their hand. They provide reasons why, in this case, they would reject Ms. Bernard's s. 2(d) argument. Had the Board done the same, we would not be here.

[103] This Court outlined the criteria for freedom from association under s. 2(d) of the *Charter* in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, and *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209. Two distinct tests emerge from these cases.

[104] The first test (the "ideological conformity test"), which the majority of this Court applied in *Advance Cutting*, requires a claimant to demonstrate

[99] De même, les intimés ont répondu sur le fond aux prétentions de M<sup>me</sup> Bernard fondées sur l'art. 8 de la *Charte* dans les observations écrites qu'ils ont présentées à la Cour et n'ont pas prétendu qu'ils subiraient un préjudice si la Cour statuait sur la question.

b) *Intérêt de la justice*

[100] M<sup>me</sup> Bernard a tenté, de façon méthodique, de faire valoir ses arguments fondés sur la *Charte*, mais la Commission et la Cour d'appel fédérale ont constamment refusé de les examiner. Selon le principe énoncé dans l'arrêt *Conway*, les tribunaux ont le pouvoir et le devoir « d'examiner et d'appliquer la Constitution, y compris la *Charte* » (par. 77 (je souligne)). Si l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour n'avait pas été accordée, M<sup>me</sup> Bernard aurait été entièrement privée de son droit de voir ses arguments fondés sur l'al. 2d) et l'art. 8 de la *Charte* traités dans le cadre de l'affaire dont la Commission et la Cour d'appel fédérale ont été saisies.

[101] Il est donc dans l'intérêt de la justice que la Cour examine maintenant ces arguments.

(3) Il n'y a pas eu violation de la liberté de ne pas s'associer garantie par l'al. 2d)

[102] Malgré le point de vue exprimé au par. 35 selon lequel l'argument de M<sup>me</sup> Bernard fondé sur l'al. 2d) de la *Charte* « n'[a] manifestement aucun fondement », mes collègues ne balaient pas tout simplement cet argument du revers de la main. Ils expliquent pourquoi il y a lieu de le rejeter en l'espèce. Si la Commission avait fait de même, nous ne serions pas ici aujourd'hui.

[103] La Cour a énoncé le test relatif à la liberté de *ne pas s'associer* garantie par l'al. 2d) de la *Charte* dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211 et dans *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209. Deux critères distincts se dégagent de ces arrêts.

[104] Selon le premier critère (le « critère de la conformité idéologique »), que la majorité des juges de la Cour ont appliqué dans l'arrêt *Advance*

that there was forced association and compelled ideological conformity.

[105] The second test (the “liberty test”) requires forced association and infringement of a liberty interest. Whether or not such a test can be applied in the context of a s. 2(d) *Charter* claim has not been definitely determined. Although a majority of the Court in *Advance Cutting* discussed the liberty test in *obiter* (see the reasons of Bastarache J., at para. 33 and LeBel J., at para. 221), only Justice Iacobucci applied that test, adopting it in lieu of the ideological conformity test (paras. 284-85). For the reasons outlined below, the existence of such a test need not be addressed here.

(a) *The Ideological Conformity Test*

[106] The first criterion of the ideological conformity test, the existence of forced association, is not satisfied.

[107] I agree with Justices Abella and Cromwell that the mere provision of Ms. Bernard’s home address and telephone number to the bargaining agent cannot be characterized as forced association. In order to trigger the protections of s. 2(d) of the *Charter*, an individual must be compelled to perform one of the following acts of association: establish, belong to, maintain, or participate in an association (*Lavigne*, at p. 323, *per* La Forest J.). At most, the disclosure of information ordered by the Board would enable the bargaining agent to contact Ms. Bernard by phone, mail, or in person — she would in no way, however, be forced to escalate such benign forms of contact to the level of association. She could, for instance, hang up the phone, discard any mail received, or close the front door. The Board’s decisions have not withdrawn the freedom to refuse association from Ms. Bernard’s hands. As Justice La Forest stated in *Lavigne*, freedom from association is not “a right to isolation” (p. 320).

*Cutting*, le demandeur doit démontrer qu’il a été forcé de s’associer et d’adhérer à une forme de conformité idéologique.

[105] Le deuxième critère (le « critère de la liberté ») requiert une association forcée et une atteinte au droit à la liberté. La question de savoir si un tel critère s’applique ou non dans le contexte d’une revendication fondée sur l’al. 2d) de la *Charte* n’a pas été tranchée de manière définitive. Même si, dans *Advance Cutting*, la majorité des juges ont invoqué en *obiter* le critère de la liberté (voir les motifs du juge Bastarache, par. 33, et ceux du juge LeBel, par. 221), seul le juge Iacobucci l’a appliqué, l’adoptant à la place du critère de la conformité idéologique (par. 284-285). Pour les motifs énoncés ci-après, il n’est pas nécessaire d’aborder la question de l’existence d’un tel critère.

a) *Le critère de la conformité idéologique*

[106] Il n’est pas satisfait au premier volet du critère de la conformité idéologique, soit l’existence d’une association forcée.

[107] Je conviens avec les juges Abella et Cromwell que le simple fait de communiquer l’adresse et le numéro de téléphone résidentiels de M<sup>me</sup> Bernard à l’agent négociateur ne peut pas être considéré comme une association forcée. Pour déclencher l’application des protections garanties par l’al. 2d) de la *Charte*, une personne doit être obligée de poser un des actes d’association suivants : constituer une association, y appartenir, la maintenir ou y participer (*Lavigne*, p. 323, le juge La Forest). Or, la communication des renseignements ordonnée par la Commission permettrait tout au plus à l’agent négociateur de communiquer avec M<sup>me</sup> Bernard par téléphone, par courrier ou en personne — elle ne serait aucunement obligée d’accorder une importance accrue à ces formes anodines de communication et de s’associer. Elle pourrait, par exemple, raccrocher le téléphone, jeter le courrier ou fermer la porte d’entrée. Les décisions de la Commission n’ont pas eu pour effet d’enlever à M<sup>me</sup> Bernard la liberté de refuser de s’associer. Comme le juge La Forest l’a souligné dans l’arrêt *Lavigne*, la liberté de ne pas s’associer n’est pas un « droit à l’isolement » (p. 320).

[108] Ms. Bernard argues that the possibility of secondary picketing at her home, arising from the disclosure of her home address, infringes her s. 2(d) *Charter* right. It is true that this Court has held that secondary picketing is, *prima facie*, a legal activity: *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156, at para. 67. Secondary picketing loses its legal sanction, however, where it amounts to tortious or criminal conduct (para. 3). It would thus be inconsistent with *Pepsi-Cola* for this Court to now pronounce that the mere *possibility* of secondary picketing — a *prima facie* legal activity — at Ms. Bernard’s home violates her s. 2(d) right to freedom from association.

[109] In light of this conclusion, this Court need not address the second part of the test. Nevertheless, Ms. Bernard has also not demonstrated that the Board’s orders amounted to compelled ideological conformity. The question is whether the “activity associates the individual with ideas and values to which he or she does not voluntarily subscribe” (*Lavigne*, at p. 344, *per* McLachlin J., as she then was). Mere contact does not amount to such compulsion.

(b) *The Liberty Test*

[110] Assuming, without deciding, that our law recognizes that a s. 2(d) *Charter* claim to freedom from association may be advanced under the liberty test described above, the first criterion of the test — the existence of forced association — has not been established. This claim must therefore be rejected.

(4) There Is No Violation of Section 8 of the Charter

[111] Ms. Bernard contends that the employer’s disclosure of her personal information without her consent constitutes an unlawful seizure under s. 8.

[112] I agree with the submission of the Attorney General of Canada that, in light of the “totality of

[108] M<sup>me</sup> Bernard prétend que la possibilité qu’il y ait du piquetage secondaire chez elle, par suite de la communication de son adresse résidentielle, viole le droit qui lui est conféré par l’al. 2d) de la *Charte*. La Cour a effectivement conclu que le piquetage secondaire est, à première vue, légal : *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156, par. 67. Le piquetage secondaire n’est toutefois plus légal s’il comporte une conduite délictuelle ou criminelle (par. 3). La Cour irait donc à l’encontre de l’arrêt *Pepsi-Cola* si elle affirmait que la simple *possibilité* de piquetage secondaire — une activité légale à première vue — chez M<sup>me</sup> Bernard viole le droit à la liberté de ne pas s’associer que lui garantit l’al. 2d).

[109] Vu cette conclusion, la Cour n’a pas à se pencher sur le second volet du critère. Cependant, M<sup>me</sup> Bernard n’a pas non plus démontré que les ordonnances de la Commission constituaient une forme de conformité idéologique forcée. La question est donc de savoir si « l’activité a pour effet d’associer l’individu à des idées et à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement » (*Lavigne*, p. 344, la juge McLachlin, maintenant Juge en chef). Un simple contact n’équivaut pas à une telle contrainte.

b) *Le critère de la liberté*

[110] À supposer, sans en décider, que notre droit reconnaît que la liberté de ne pas s’associer fondée sur l’al. 2d) de la *Charte* peut être revendiquée relativement au critère de la liberté décrit précédemment, le premier volet du critère — l’existence de l’association forcée — n’a pas été établi. Cet argument doit donc être rejeté.

(4) Il n’y a pas violation de l’art. 8 de la Charte

[111] M<sup>me</sup> Bernard prétend que le fait que l’employeur ait communiqué ses coordonnées personnelles sans son consentement constitue une saisie illégale en application de l’art. 8 de la *Charte*.

[112] Je souscris à la prétention du procureur général du Canada selon laquelle, eu égard à



the circumstances”, Ms. Bernard did not have a reasonable expectation of privacy in the personal information disclosed by the employer to the bargaining agent (A.G. of Canada factum, at para. 69; see also *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 40). The subject matter of the alleged seizure is limited to Ms. Bernard’s home address and telephone number. It can be surmised that Ms. Bernard has a direct interest and subjective expectation of privacy in this information. However, in the circumstances here, Ms. Bernard has not shown that the home addresses and telephone numbers of employees can reasonably be said to form part of the “biographical core of personal information” which tends “to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual” (*R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293; cited in *Cole*, at para. 45). Ms. Bernard’s subjective expectation of privacy in this information was therefore not objectively reasonable. The disclosure of her home address and telephone number to the bargaining agent therefore does not trigger the protection of s. 8 of the *Charter*.

[113] In any event, since Ms. Bernard’s employer disclosed her home contact information — which she had voluntarily provided to the employer (A.F., at para. 86) — to the bargaining agent, which is an employee organization, it cannot constitute a “seizure” for the purposes of s. 8 of the *Charter*. As Justice La Forest noted in *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417: “Section 8 was designed to protect against actions by the state and its agents” (p. 431). The union is neither the state, nor one of its agents.

#### IV. Costs

[114] Because the Board and the Federal Court of Appeal erred in law in refusing to hear and decide Ms. Bernard’s *Charter* arguments, I would

[TRADUCTION] « l’ensemble des circonstances », M<sup>me</sup> Bernard n’avait pas une attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée relativement aux renseignements personnels que l’employeur a transmis à l’agent négociateur (mémoire du procureur général du Canada, par. 69; voir aussi *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 40). L’objet de la prétendue saisie se limite à l’adresse et au numéro de téléphone résidentiels de M<sup>me</sup> Bernard. On peut présumer que M<sup>me</sup> Bernard a un droit direct et une attente subjective en matière de respect de la vie privée à l’égard de ces renseignements. Cependant, dans les circonstances de l’espèce, M<sup>me</sup> Bernard n’a pas démontré que les adresses et les numéros de téléphone résidentiels des employés peuvent raisonnablement être considérés comme faisant partie d’« un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel » qui tendent à « révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu » (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293; cité dans *Cole*, par. 45). L’attente subjective en matière de respect de la vie privée que possède M<sup>me</sup> Bernard à l’égard de ces renseignements n’était donc pas objectivement raisonnable. La communication à l’agent négociateur de son adresse et de son numéro de téléphone résidentiels ne déclenche pas l’application de la protection garantie par l’art. 8 de la *Charte*.

[113] Quoi qu’il en soit, comme l’employeur de M<sup>me</sup> Bernard a communiqué à l’agent négociateur, qui est une organisation syndicale, ses coordonnées résidentielles — qu’elle avait volontairement fournies à l’employeur (m.a., par. 86) —, il ne peut s’agir d’une « saisie » aux fins de l’application de l’art. 8 de la *Charte*. Comme le juge La Forest l’a souligné dans l’arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417 : « L’article 8 a été conçu pour accorder une protection contre les actions de l’État et de ses mandataires » (p. 431). Le syndicat n’est pas l’État, ni un de ses mandataires.

#### IV. Dépens

[114] Comme la Commission et la Cour d’appel fédérale ont commis une erreur de droit en refusant d’entendre les arguments de M<sup>me</sup> Bernard fondés

allow her appeal but only in respect of the Federal Court of Appeal's order of costs payable by her to the Attorney General of Canada and to PIPSC. In all other respects, I would dismiss the appeal. In light of the circumstances, the parties should bear their own costs in this Court.

*Appeal dismissed without costs, ROTHSTEIN and MOLDAVER JJ. dissenting in part.*

*Elizabeth Bernard, on her own behalf.*

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

*Solicitors for the respondent the Professional Institute of the Public Service of Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Ottawa.*

*Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*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, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Privacy Commissioner of Canada: Supreme Advocacy, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers: McLennan Ross, Edmonton.*

sur la *Charte* et de se prononcer sur ceux-ci, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, mais seulement à l'égard de l'ordonnance d'adjudication des dépens rendue par la Cour d'appel fédérale selon laquelle M<sup>me</sup> Bernard doit verser les dépens au procureur général du Canada et à l'IPFPC. À tous autres égards, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Compte tenu des circonstances, les parties devraient assumer leurs propres dépens devant la Cour.

*Pourvoi rejeté sans dépens, les juges ROTHSTEIN et MOLDAVER sont dissidents en partie.*

*Elizabeth Bernard, pour son propre compte.*

*Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Ottawa.*

*Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : McCarthy Tétrault, Vancouver.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de 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, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada : Supreme Advocacy, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats d'employeurs : McLennan Ross, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Dewart Gleason, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Constitution Foundation: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Alberta Federation of Labour: Chivers Carpenter, Edmonton.*

*Solicitors for the interveners the Coalition of British Columbia Businesses and Merit Canada: Heenan Blaikie, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Public Service Labour Relations Board: Torys, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Dewart Gleason, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Canadian Constitution Foundation : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Alberta Federation of Labour : Chivers Carpenter, Edmonton.*

*Procureurs des intervenantes Coalition of British Columbia Businesses et Merit Canada : Heenan Blaikie, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante la Commission des relations de travail dans la fonction publique : Torys, Toronto.*

**Vittorio Thomas Flaviano** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. FLAVIANO**

**2014 SCC 14**

File No.: 35488.

2014: February 17.

Present: LeBel, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Offences — Sexual assault — Mens rea — Consent — Accused charged with sexual assault — Trial judge acquitting accused on grounds that he may have had honest but mistaken belief as to complainant’s consent — Court of Appeal setting aside acquittal and substituting conviction — No air of reality to defence of mistaken belief in consent — Trial judge erring in finding that accused took reasonable steps in ascertaining consent of complainant.*

#### **Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 273.2(b).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Martin and Watson JJ.A. and Sulatycky J. (*ad hoc*)), 2013 ABCA 219, 553 A.R. 282, 583 W.A.C. 282, 2013 CarswellAlta 990, [2013] A.J. No. 619 (QL), setting aside the accused’s acquittal on a charge of sexual assault and entering a conviction. Appeal dismissed.

*Alain Hepner, Q.C.*, for the appellant.

*Christine Rideout*, for the respondent.

**Vittorio Thomas Flaviano** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. FLAVIANO**

**2014 CSC 14**

N° du greffe : 35488.

2014 : 17 février.

Présents : Les juges LeBel, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA

*Droit criminel — Infractions — Agression sexuelle — Mens rea — Consentement — Accusé inculpé d’agression sexuelle — Acquittement prononcé par la juge du procès au motif que l’accusé a pu croire sincèrement, mais à tort, que la plaignante était consentante — Acquittement annulé par la Cour d’appel qui y a substitué une déclaration de culpabilité — Invraisemblance de la défense fondée sur la croyance erronée au consentement — Erreur commise par la juge du procès lorsqu’elle a conclu que l’accusé a pris des mesures raisonnables pour s’assurer du consentement de la plaignante.*

#### **Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 273.2b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Martin et Watson et le juge Sulatycky (*ad hoc*)), 2013 ABCA 219, 553 A.R. 282, 583 W.A.C. 282, 2013 CarswellAlta 990, [2013] A.J. No. 619 (QL), qui a écarté l’acquittement prononcé en faveur de l’accusé relativement à une accusation d’agression sexuelle et inscrit une déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté.

*Alain Hepner, c.r.*, pour l’appelant.

*Christine Rideout*, pour l’intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — We agree with the conclusion of the Court of Appeal. In particular, taking the record at its highest for the appellant, there was no evidence that the appellant took any reasonable steps to ascertain whether the complainant was consenting to sexual relations following her initial rejection of the appellant's sexual advances. With respect, the trial judge erred in law in finding that there was some evidence that he had taken reasonable steps as required by s. 273.2(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[2] Accordingly, the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Ross, Hepner, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Nous souscrivons à la conclusion de la Cour d'appel. En particulier, même considéré sous l'angle le plus favorable à l'appellant, le dossier ne renferme aucune preuve que celui-ci a pris quelque mesure raisonnable que ce soit pour s'assurer du consentement de la plaignante aux rapports sexuels après le rejet initial par cette dernière de ses avances sexuelles. Avec égards, la juge du procès a commis une erreur de droit en concluant à l'existence de certains éléments de preuve montrant que l'appellant avait pris des mesures raisonnables comme l'exige l'al. 273.2b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[2] En conséquence, le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Ross, Hepner, Calgary.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Calgary.*

**Ajitpal Singh Sekhon** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. SEKHON**

**2014 SCC 15**

File No.: 35180.

2013: November 8; 2014: February 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Evidence — Admissibility — Expert evidence — Curative proviso — Accused charged with importation of cocaine and possession for purpose of trafficking — Cocaine found in concealed compartment of truck accused was driving — Accused denying knowledge of presence of cocaine — Police officer testifying he had never encountered blind courier over course of his many investigations — Whether trial judge erred in admitting and relying upon this expert evidence of police officer — If so, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

S was convicted of importation and possession for the purposes of trafficking of 50 kg of cocaine. The cocaine was seized by border officers who found it hidden in a concealed compartment of a pickup truck S attempted to drive from the United States into Canada. The case against S was entirely circumstantial and the only issue at trial was whether he knew of the cocaine in the truck. S claimed that an acquaintance had asked him to drive the truck and that he had no knowledge of the cocaine. The trial judge rejected S's testimony in its entirety. The judge found that S knew of the cocaine based on: its amount and value; expert evidence from a police officer pertaining to the customs and habits of drug couriers, including the fact that in his many years' experience he had never encountered a blind courier; and evidence that S had detached the fob that controlled access to the secret compartment from his key chain before handing the keys to the border officer. The trial judge also relied on additional items of circumstantial evidence that pointed towards S's guilty knowledge. On appeal, S argued that

**Ajitpal Singh Sekhon** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. SEKHON**

**2014 CSC 15**

N° du greffe : 35180.

2013 : 8 novembre; 2014 : 20 février.

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

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

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve d'expert — Disposition réparatrice — Accusations d'importation de cocaïne et de possession en vue d'en faire le trafic — Cocaïne trouvée dans un compartiment secret de la camionnette conduite par l'accusé — Dénégation par l'accusé de toute connaissance de la présence de la cocaïne à bord — Témoignage d'un policier selon lequel il n'avait jamais eu affaire à un passeur involontaire au cours de ses nombreuses enquêtes — Le juge du procès a-t-il eu tort d'admettre ce témoignage et de se fonder sur lui? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

S a été déclaré coupable d'importation de 50 kg de cocaïne et de possession de cette substance en vue d'en faire le trafic. Des agents des services frontaliers ont saisi la cocaïne après l'avoir trouvée dans un compartiment secret de la camionnette à bord de laquelle S s'était présenté à la frontière canado-américaine en provenance des États-Unis. La preuve contre S était entièrement circonstancielle, et la seule question en litige au procès était celle de savoir si S savait que la cocaïne se trouvait à bord du véhicule. S a prétendu qu'une connaissance lui avait demandé de conduire la camionnette et qu'il ignorait tout de la présence de la cocaïne. Le juge du procès a rejeté le témoignage de S en totalité. Il a conclu que ce dernier savait pour la cocaïne, et ce, en se fondant sur la quantité et la valeur de celle-ci, sur le témoignage d'expert d'un policier concernant les procédés habituels des passeurs, y compris ses propos voulant que, au cours de ses nombreuses années de service, il n'ait jamais eu affaire à un passeur involontaire, ainsi que sur la preuve selon laquelle S avait séparé la clé de contact et la

the trial judge should not have admitted or relied on the expert evidence of the police officer and in particular, that portion of his evidence relating to his own experience with blind couriers. A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal.

*Held* (McLachlin C.J. and LeBel J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: The police officer's evidence relating to his own experience with blind couriers was inadmissible and the trial judge erred in relying upon it. Admission of expert evidence depends on the *Mohan* criteria of relevance, necessity in assisting the trier of fact, absence of any exclusionary rule and a properly qualified expert. It is not enough for a trial judge to simply consider the *Mohan* criteria at the outset of an expert's testimony and make an initial ruling as to the admissibility of the evidence. The judge must do his or her best to ensure that throughout, the expert's testimony remains within the proper boundaries of expert evidence. This includes ensuring, so far as possible, that the content of the evidence itself is properly the subject of expert evidence. Where mistakes are made and the testimony strays beyond the proper scope of expert evidence, it is imperative that the trial judge not assign any weight to the inadmissible parts.

In this case, the fact that the police officer had never encountered a blind courier in his many investigations was neither necessary nor relevant to the issue facing the trial judge — whether S knew about the cocaine. The officer's evidence was not necessary because determining whether S knew about the cocaine was not beyond the knowledge and experience of the judge and was not technical or scientific in nature. Moreover, the guilt or innocence of accused persons that the police officer had encountered in the past was not legally relevant to S's guilt or innocence. In other words, the officer's testimony was of no probative value in determining whether S knew about the cocaine and its lack of relevance is sufficient to justify its exclusion.

The inadmissible testimony, however, forms one sentence of a 16-page judgment that is otherwise flawless.

télécommande qui donnait accès au compartiment secret avant de remettre la première à l'agent des services frontaliers. Le juge s'est aussi appuyé sur d'autres éléments de preuve circonstancielle qui militaient en faveur de la connaissance coupable de S. En appel, S a fait valoir que le juge n'aurait pas dû admettre le témoignage d'expert du policier ni se fonder sur lui, en particulier la portion où ce dernier dit n'avoir jamais eu affaire à un passeur involontaire. Les juges majoritaires de la Cour d'appel l'ont débouté.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et le juge LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : Le témoignage du policier selon lequel il n'avait jamais eu affaire à un passeur involontaire était inadmissible, et le juge du procès a eu tort de se fonder sur lui. L'admissibilité de la preuve d'expert tient au respect des critères établis dans l'arrêt *Mohan*, à savoir la pertinence, la nécessité d'aider le juge des faits, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert. Il ne suffit pas au juge du procès de tenir compte des critères de l'arrêt *Mohan* uniquement au début du témoignage de l'expert et de rendre une décision initiale quant à l'admissibilité de la preuve. Il doit également faire en sorte que, tout au long de son témoignage, l'expert respecte les limites établies à l'égard d'une telle preuve. Cela veut dire notamment s'assurer, autant que faire se peut, que la teneur de la preuve elle-même fait l'objet à juste titre du domaine d'un témoignage d'expert. Lorsque des erreurs sont commises et que le témoignage dépasse les limites du domaine d'expertise, il est impératif que le juge du procès n'accorde aucune importance aux portions inadmissibles.

Que, en l'espèce, le policier n'ait jamais eu affaire au cas d'un passeur involontaire au cours de ses nombreuses enquêtes n'était ni nécessaire ni pertinent pour trancher la question en litige au procès, à savoir si S connaissait la présence de la cocaïne. Son témoignage n'était pas nécessaire, car déterminer si S savait ou non pour la cocaïne n'était pas hors de portée du juge eu égard à ses connaissances et à son expérience et ne relevait certainement pas de la technique ou de la science. En outre, la culpabilité ou l'innocence d'accusés au sujet desquels le policier avait enquêté dans le passé n'étaient pas pertinentes sur le plan juridique quant à la culpabilité ou à l'innocence de S. Autrement dit, le témoignage du policier n'avait pas de valeur probante quant à savoir si S connaissait ou non la présence de la cocaïne, et son absence de pertinence suffisait à justifier son exclusion.

Toutefois, l'élément inadmissible correspond à une phrase de l'une des 16 pages du jugement, par ailleurs

In the judgment, the judge provided a long list of reasons for rejecting S's testimony. And apart from the one aspect of the expert's testimony that he should not have considered, the judge provided an equally impressive list of reasons for concluding that S knew about the cocaine.

While the trial judge's error in this case is not harmless, the evidence of S's guilt is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. Hence, the second branch of the curative proviso can be applied to sustain S's convictions. The fob evidence on its own was devastating. But it did not stand alone; it was part of a web of circumstantial evidence pointing towards S's guilt. When considering the second branch of the curative proviso in a circumstantial case, it is necessary to look at the whole of the admissible evidence in assessing the strength of the case. It is not the task of an appellate court to parse each item of evidence in search of a possible innocent explanation. If that were so, it would be impossible to ever satisfy the second branch.

*Per McLachlin C.J. and LeBel J. (dissenting):* The police officer's evidence that in his many investigations he had never encountered a blind courier strayed from what would be admissible expert evidence. His testimony was equivalent to a statement that individuals in S's position always know about the drugs. It is a short step from such evidence to an inference that S must have known about the cocaine. The evidence effectively amounted to an opinion that S possessed the *mens rea* for the offences with which he was charged, which was the issue in this trial. Whether it was admissible therefore requires special scrutiny.

Applying the *Mohan* criteria, the expert evidence should not have been admitted. The evidence was not necessary, as it was open to the judge to infer what S knew or did not know. Nor was it relevant. The officer's opinion invited the judge to find that S knew about the cocaine on the basis that all people driving vehicles containing hidden drugs know about the drugs. In addition to usurping the trial judge's role in resolving the issue of guilt or innocence, the opinion depended on an unacceptable and unfair inference.

irréprochable, dans lequel le juge énumère les nombreuses raisons pour lesquelles il rejette le témoignage de S. Outre la partie du témoignage de l'expert dont il n'aurait pas dû tenir compte, le juge énonce les raisons tout aussi nombreuses pour lesquelles, selon lui, S savait pour la cocaïne.

Bien qu'en l'espèce l'erreur du juge du procès ne soit pas inoffensive, la preuve de la culpabilité de S est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité. Par conséquent, le second volet de la disposition réparatrice peut s'appliquer pour confirmer les déclarations de culpabilité prononcées contre S. À elle seule, la preuve relative à la télécommande d'accès a eu un effet catastrophique. Mais il ne s'agissait pas du seul élément de preuve. Elle faisait partie d'un enchevêtrement d'éléments de preuve circonstancielle tendant à établir la culpabilité de S. Au moment de considérer l'application du second volet de la disposition réparatrice dans le cas d'une preuve circonstancielle, il faut examiner l'ensemble des éléments admissibles pour apprécier la solidité de la preuve. La cour d'appel n'a pas à considérer chacun des éléments et à rechercher une éventuelle explication qui innocenterait l'accusé. S'il en allait ainsi, il ne serait jamais possible de satisfaire aux conditions d'application du second volet.

*La juge en chef McLachlin et le juge LeBel (dissidents) :* Le témoignage du policier voulant que, au cours de ses nombreuses enquêtes, il n'ait jamais eu affaire à un passeur involontaire a dépassé les limites du témoignage d'expert admissible. Ses propos revenaient à dire que, dans la situation de S, une personne savait toujours qu'elle transportait de la drogue. Il ne restait qu'un petit pas à franchir pour en conclure que S avait dû être au courant pour la cocaïne. Le témoin a effectivement exprimé l'opinion que S avait la *mens rea* requise pour les infractions dont il était accusé, et il s'est donc prononcé sur la question fondamentale à trancher. C'est pourquoi la question de l'admissibilité du témoignage doit faire l'objet d'un examen particulièrement minutieux.

Compte tenu des critères de l'arrêt *Mohan*, le témoignage d'expert en cause n'aurait pas dû être admis. Il n'était pas nécessaire, car le juge pouvait tirer l'inférence voulue quant à ce que S savait ou non. Il n'était pas non plus pertinent. L'opinion du policier invitait le juge à conclure que S savait qu'il transportait de la cocaïne parce que tout conducteur d'un véhicule à bord duquel est dissimulée de la drogue sait qu'il transporte de la drogue. En plus d'usurper la fonction du juge du procès qui consiste à déterminer la culpabilité ou l'innocence, la formulation de l'opinion se fondait sur une conclusion à la fois inadmissible et injuste.



Given the trial judge's error was not a harmless one that would have no impact on the verdict, this is not an appropriate case for application of the second branch of the curative proviso. The issue in applying the second branch is not whether the trial judge could make the inference he did or whether that inference was determinative of guilt, but whether it was the only rational conclusion. In this case, it was not.

While ordering a new trial places demands on judicial resources, this cannot override S's right to a fair trial based solely on admissible evidence. The trial judge relied on inadmissible evidence and this was a serious error. If this Court excludes evidence described by the trial judge as one of the foundations of his conclusion that S was guilty, it cannot then hold that the evidence against S was nonetheless overwhelming without engaging in pure speculation. Such a conclusion would contradict what the trial judge himself wrote and would rest on an improper reweighing of the remaining evidence. The curative proviso does not permit this Court to deny a retrial in such circumstances.

### Cases Cited

By Moldaver J.

**Applied:** *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; **referred to:** *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *R. v. Turner*, [1975] 1 Q.B. 834; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505.

By LeBel J. (dissenting)

*R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Joyal* (1990), 55 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Ballony-Reeder*, 2001 BCCA 293, 88 B.C.L.R. (3d) 237; *R. v. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, ss. 5(2), 6(1).

Étant donné que l'erreur du juge du procès n'était pas une erreur inoffensive non susceptible d'avoir une incidence sur sa décision, il ne convient pas d'appliquer le second volet de la disposition réparatrice en l'espèce. La question qui se pose lorsqu'il s'agit d'appliquer ou non le second volet n'est pas celle de savoir si le juge pouvait tirer l'inférence ou si elle était déterminante quant à la culpabilité, mais bien si c'était la seule rationnelle, ce qui n'était pas le cas dans la présente affaire.

Un nouveau procès mobiliserait certes des ressources judiciaires, mais cette considération ne saurait primer le droit de S à un procès équitable fondé sur la seule preuve admissible. Le juge du procès s'est appuyé sur un élément de preuve inadmissible et il s'agit d'une erreur grave. Si notre Cour écarte une preuve qui, selon le juge du procès, constitue l'une des assises des déclarations de culpabilité, elle ne saurait conclure que la preuve défavorable à S demeure accablante sans se livrer à de pures conjectures. Pareille conclusion contredirait les motifs du juge eux-mêmes et reposerait sur une appréciation nouvelle et, partant, irrégulière des autres éléments de preuve. La disposition réparatrice ne permet pas à la Cour de refuser un nouveau procès dans les circonstances.

### Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

**Arrêt appliqué :** *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; **arrêts mentionnés :** *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *R. c. Turner*, [1975] 1 Q.B. 834; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505.

Citée par le juge LeBel (dissident)

*R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Joyal* (1990), 55 C.C.C. (3d) 233; *R. c. Ballony-Reeder*, 2001 BCCA 293, 88 B.C.L.R. (3d) 237; *R. c. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2), 6(1).

**Authors Cited**

Béliveau, Pierre, et Martin Vauclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 20<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. by Edward W. Cleary. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J. and Newbury and Lowry JJ.A.), 2012 BCCA 512, 331 B.C.A.C. 170, 565 W.A.C. 170, [2012] B.C.J. No. 2675 (QL), 2012 CarswellBC 4005, affirming the accused's convictions for importation and possession of cocaine for the purposes of trafficking. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and LeBel J. dissenting.

*Eric V. Gottardi and Kathleen M. Bradley*, for the appellant.

*Martha M. Devlin, Q.C.*, and *Chris Greenwood*, for the respondent.

The judgment of Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

**I. Introduction**

[1] On January 25, 2005, the appellant, Ajitpal Singh Sekhon, was charged with unlawfully importing cocaine and unlawfully possessing cocaine for the purpose of trafficking. He was arrested when he attempted to cross the border from Washington State into British Columbia. The key issue at trial was whether Mr. Sekhon knew about the cocaine that was secreted in the pickup truck he was driving. The trial judge found that he did. He based his decision in part on the testimony of an expert police witness who testified about the customs and practices of the drug trade. One aspect of the expert's evidence strayed beyond the proper scope of expert testimony. As such, it was inadmissible and should not have been relied on by the trial judge.

**Doctrine et autres documents cités**

Béliveau, Pierre, et Martin Vauclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 20<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.

McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. by Edward W. Cleary. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Newbury et Lowry), 2012 BCCA 512, 331 B.C.A.C. 170, 565 W.A.C. 170, [2012] B.C.J. No. 2675 (QL), 2012 CarswellBC 4005, qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour importation de cocaïne et possession en vue d'en faire le trafic. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel sont dissidents.

*Eric V. Gottardi et Kathleen M. Bradley*, pour l'appellant.

*Martha M. Devlin, c.r.*, et *Chris Greenwood*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

**I. Introduction**

[1] Le 25 janvier 2005, l'appellant, Ajitpal Singh Sekhon, a été accusé d'importation illégale de cocaïne et de possession illégale de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Il a été arrêté au moment où il tentait de traverser la frontière canado-américaine, en provenance de l'État de Washington, à destination de la Colombie-Britannique. La principale question en litige au procès a été celle de savoir si M. Sekhon savait que de la cocaïne était dissimulée dans la camionnette qu'il conduisait. Le juge du procès a conclu qu'il le savait. Sa décision se fonde en partie sur le témoignage d'un policier sur les procédés habituels des trafiquants de drogue. Un volet de ce témoignage a dépassé les limites établies à l'égard du témoignage d'un expert. Il était donc inadmissible, et le juge n'aurait pas dû s'appuyer sur lui.

[2] The flawed testimony upon which the trial judge relied forms one sentence of a 16-page judgment that is otherwise flawless. In particular, the trial judge provided a long list of reasons for disbelieving the appellant and rejecting his testimony as incredible. And apart from the one aspect of the expert's evidence that he should not have considered, the trial judge provided an equally impressive list of reasons for concluding that the appellant was aware of the cocaine secreted in the pickup truck.

[3] In the end, the only issue of concern is whether the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, can be applied to sustain the convictions. I believe it can. While the error relating to the flawed expert testimony cannot be swept aside as harmless, the evidence establishing the appellant's guilty knowledge — and thus his guilt — is overwhelming. Hence, the second branch of the curative proviso can safely be applied to sustain the convictions.

[4] Because this case turns on the application of the second branch of the curative proviso, I find it necessary to review the evidence and the trial judge's findings of fact in some detail.

## II. Facts

[5] On January 25, 2005, shortly after 4:30 p.m., Mr. Sekhon attempted to drive a pickup truck across the border from Washington State into British Columbia. He was the sole occupant of the truck.

[6] The customs officer at the primary inspection booth noted that Mr. Sekhon appeared tense and was gripping the steering wheel. When asked about the purpose of his trip, he told the customs officer that he had been delivering cheques to workers at a farm. He was unable to produce any receipts or pay stubs to support his stated purpose for travel.

[2] L'élément inadmissible pris en compte par le juge du procès correspond à une phrase de l'une des 16 pages de son jugement, lequel est par ailleurs irréprochable. Le juge énumère les nombreuses raisons pour lesquelles il ne croit pas l'appelant et tient son témoignage pour non digne de foi. Outre la partie du témoignage de l'expert dont il n'aurait pas dû tenir compte, le juge énonce les raisons tout aussi nombreuses pour lesquelles, selon lui, l'appelant savait que de la cocaïne était dissimulée dans la camionnette.

[3] En fin de compte, la seule question qui se pose est celle de savoir s'il est possible d'appliquer la disposition réparatrice, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, pour confirmer les déclarations de culpabilité. Je crois que c'est le cas. Bien qu'il ne puisse être fait abstraction de l'erreur qui entache le témoignage de l'expert au motif qu'elle serait inoffensive, la preuve de la connaissance coupable de l'appelant — et donc, de sa culpabilité — demeure accablante. Par conséquent, le second volet de la disposition réparatrice peut s'appliquer sans problème pour confirmer les déclarations de culpabilité.

[4] Comme l'issue du pourvoi tient à l'application du second volet de la disposition réparatrice, j'estime nécessaire de revenir jusqu'à un certain point sur la preuve et sur les conclusions de fait du juge du procès.

## II. Les faits

[5] Le 25 janvier 2005, peu après 16 h 30, M. Sekhon a tenté de traverser en camionnette la frontière canado-américaine, en provenance de l'État de Washington, vers la Colombie-Britannique. Il était seul à bord.

[6] À la guérite d'inspection primaire, l'agent des douanes a remarqué que M. Sekhon semblait tendu et qu'il s'agrippait au volant. Interrogé sur l'objet de son déplacement, M. Sekhon a répondu qu'il était allé livrer des chèques aux travailleurs d'une ferme. Cependant, il n'a pu produire de reçus ou de talons de chèque à l'appui.

[7] The customs officer referred Mr. Sekhon for a secondary examination. Mr. Sekhon was told to park the vehicle in a secondary parking area and go to the customs office.

[8] At the customs office, Mr. Sekhon was asked for the keys to the pickup truck. He complied and turned them over to the customs officer.

[9] Mr. Sekhon began to pace nervously around the customs office. At one point, he attempted to leave the building but was directed to return. Meanwhile, customs officers undertook an inspection of the truck. This led to the discovery of packages of a white powdery substance, believed to be cocaine, hidden in a concealed compartment.

[10] After the white powdery substance was discovered, Mr. Sekhon was informed that he was being detained. He was advised of his rights and asked to empty his pockets. Among the items produced were a key fob on a chain, a cellular phone, and an envelope.

[11] The cellular phone began ringing and continued to ring for the duration of the time that it was in the possession of the customs officers.

[12] Mr. Sekhon indicated that the key fob was his and that it was for the truck.

[13] The envelope bore the name “Westhall Properties Ltd.”. On the envelope were the following handwritten notations: “Combo lock 34-11-20, time enterphone 204, Parking 284, locker 185” (A.R., vol. V, at p. 82).

[14] Mr. Sekhon was then arrested and escorted to a detention cell in the customs building. He was once again advised of his rights and chose to speak to a lawyer over the phone. After this phone call, a customs officer went to check on Mr. Sekhon. He noticed a wet, partially chewed-up piece of green paper on the floor of Mr. Sekhon’s cell. When asked about the paper, Mr. Sekhon told the customs officer that he had retrieved it from the commercial counter

[7] L’agent a décidé de soumettre M. Sekhon à un examen secondaire. Il lui a dit de stationner le véhicule dans l’aire d’inspection secondaire, puis de se rendre au bureau de douane.

[8] L’agent du bureau de douane a demandé à M. Sekhon la clé de la camionnette. M. Sekhon la lui a remise.

[9] M. Sekhon a commencé à arpenter le bureau avec nervosité. À un certain moment, il a entrepris de sortir, mais un agent lui a intimé de rentrer. Pendant ce temps, des agents ont inspecté la camionnette et y ont décelé la présence, dans un compartiment secret, d’emballages renfermant une substance poudreuse blanche qu’ils ont cru être de la cocaïne.

[10] Après cette découverte, un agent a informé M. Sekhon qu’il était détenu. Il l’a également informé de ses droits et lui a demandé de vider ses poches. Parmi les articles recueillis, il y avait une télécommande d’accès munie d’une chaîne, un téléphone portable et une enveloppe.

[11] Tout le temps que les agents des douanes l’ont eu en leur possession, le téléphone n’a pas cessé de sonner.

[12] M. Sekhon a indiqué que la télécommande lui appartenait et qu’elle donnait accès à la camionnette.

[13] L’enveloppe portait l’en-tête « Westhall Properties Ltd. » et on y avait écrit à la main : [TRADUCTION] « Comb. serrure 34-11-20, code d’accès 204, stationnement 284, remise 185 » (d.a., vol. V, p. 82).

[14] M. Sekhon a alors été arrêté puis conduit à une cellule. Il a de nouveau été informé de ses droits et a décidé de joindre un avocat au téléphone. Après l’appel, un agent s’est rendu à sa cellule. Il a aperçu sur le plancher un bout de papier vert, mouillé et partiellement mâché. Lorsqu’il a interrogé M. Sekhon sur la provenance du papier, ce dernier a répondu qu’il l’avait pris au comptoir commercial. Lorsqu’on a fait observer à M. Sekhon

in the customs office. Upon being confronted with the fact that there was no green paper in that area, Mr. Sekhon said it had come from the truck.

[15] Further examination of the hidden compartment of the truck revealed the presence of 50 bricks of cocaine, each weighing one kilogram. The hidden compartment was equipped with a hydraulic jack mechanism enabling the compartment to be opened and closed. The key fob recovered from Mr. Sekhon had been engineered to open and close the compartment if the correct buttons were pressed in a particular sequence.

[16] Mr. Sekhon was charged with unlawfully importing cocaine into Canada contrary to s. 6(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, and with unlawfully possessing cocaine for the purpose of trafficking contrary to s. 5(2) of that Act.

### III. Proceedings Below

[17] Judge Dohm, of the Provincial Court of British Columbia, presided over Mr. Sekhon's trial. The sole issue at trial was whether the Crown could prove beyond a reasonable doubt that Mr. Sekhon had the requisite *mens rea* for the two offences charged, that is, knowledge of the cocaine.

#### A. *Crown Evidence*

[18] The Crown called a police officer, Sgt. Arsenault, to give expert evidence regarding the customs and practices of the drug trade. Specifically, Sgt. Arsenault's evidence was to focus on chains of distribution, distribution routes, means of transportation, methods of concealment, packaging, value, cost and profit margins. Sgt. Arsenault had been a police officer for 33 years and had been involved in approximately 1,000 cases involving the importation of cocaine. His qualifications as an expert witness were admitted.

qu'il n'y avait pas de papier de couleur verte à cet endroit, il a rétorqué que le bout de papier provenait de la camionnette.

[15] L'inspection approfondie du compartiment secret de la camionnette a révélé la présence de 50 briques de cocaïne d'un kilogramme chacune. Le compartiment était muni d'un vérin hydraulique qui permettait de l'ouvrir et de le fermer. La télécommande obtenue de M. Sekhon avait été conçue pour ouvrir et fermer le compartiment si l'on appuyait sur les bons boutons dans un ordre précis.

[16] M. Sekhon a été accusé d'importation illégale de cocaïne au Canada, en contravention avec le par. 6(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, et de possession illégale de cocaïne en vue d'en faire le trafic, en contravention avec le par. 5(2) de la même loi.

### III. Les décisions des juridictions inférieures

[17] Le juge Dohm, de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique, a présidé le procès de M. Sekhon. La seule question en litige était alors celle de savoir si le ministère public pouvait prouver hors de tout doute raisonnable que M. Sekhon avait la *mens rea* requise pour les deux infractions dont il était accusé, c'est-à-dire qu'il savait la cocaïne à bord du véhicule.

#### A. *La preuve du ministère public*

[18] Le ministère public a fait témoigner à titre d'expert un policier, le sergent Arsenault, sur les procédés habituels des trafiquants de drogue. Le témoin-expert devait notamment faire état des chaînes et des voies de distribution, des moyens de transport, des méthodes de dissimulation, des modes d'emballage, de la valeur, du coût et des marges de profit. Le sergent Arsenault comptait 33 ans de service au sein de la police et avait participé à environ 1 000 enquêtes relatives à l'importation de cocaïne. Sa qualité de témoin-expert n'a pas été contestée.

[19] Sgt. Arsenault testified at length about the customs of the cocaine trade. He valued the amount of cocaine found in the pickup truck to be worth between \$1,500,000 and \$1,750,000 at the wholesale level. He explained that the recruitment of a drug courier takes time and that an organization will not typically entrust a first-time courier with a large shipment. Instead, the courier's reliability will be tested with smaller shipments. He testified that it was significant that Mr. Sekhon had been given a fob that could open the hidden compartment; the fact that he "actually [ha]d hands-on access to the shipment itself" showed that he had "a lot more trust . . . within the group" (A.R., vol. III, at p. 151).

[20] Towards the end of his examination-in-chief, the following exchange occurred between Crown counsel and Sgt. Arsenault:

Q Officer, you described earlier that you've been involved in approximately 1,000 investigations involving the importation of cocaine over your 33-year career?

A That is correct, Your Honour, yes.<sup>1</sup>

Q In approximately how many of those investigations were you able to determine that the person importing the cocaine did not know about the commodity that they were importing?

A I have never encountered it, personally.

Q Have you ever heard of a -- the use of a blind courier or a courier who doesn't know about the commodity that he is driving?

A I -- I've certainly heard that argument being raised on -- on occasion, primarily in court, not during my investigations. [Footnote added; A.R., vol. III, at p. 144.]

[19] Il a livré un témoignage détaillé sur les procédés habituels des trafiquants de cocaïne. Il a estimé à une somme située entre 1 500 000 \$ et 1 750 000 \$ la valeur sur le marché de gros du chargement trouvé dans la camionnette. Il a expliqué que le recrutement d'un passeur de drogue prenait du temps, qu'on ne confiait habituellement pas un chargement important à un nouveau venu et qu'on mettait plutôt à l'épreuve la fiabilité d'une nouvelle recrue en lui confiant de petites quantités. Le sergent Arsenault a affirmé que la remise à M. Sekhon d'une télécommande qui permettait d'ouvrir le compartiment secret était significative; [TRADUCTION] « l'accès donné à la marchandise elle-même » montrait que « le groupe lui faisait plutôt confiance » (d.a., vol. III, p. 151).

[20] Voici un extrait de l'échange entre le sergent Arsenault et l'avocat du ministère public (vers la fin de l'interrogatoire principal) :

[TRADUCTION]

Q Sergent, vous avez dit plus tôt avoir participé à environ 1 000 enquêtes relatives à l'importation de cocaïne au cours de vos 33 ans de service?

R C'est exact, Monsieur le juge, oui<sup>1</sup>.

Q Dans combien de ces enquêtes, approximativement, avez-vous été en mesure de déterminer que l'importateur de la cocaïne ne savait rien de la marchandise importée?

R Je n'ai personnellement jamais eu connaissance d'un tel cas.

Q Avez-vous déjà entendu parler d'un -- du recours à un passeur involontaire ou à un passeur qui ne savait pas ce qu'il transportait?

R Je -- j'ai certainement entendu une prétention en ce sens -- à l'occasion, surtout au tribunal, mais non lors de mes enquêtes. [Note en bas de page ajoutée; d.a., vol. III, p. 144.]

<sup>1</sup> The reference to "Your Honour" appears to be a mistake. The record indicates that Sgt. Arsenault was responding to Crown counsel's question.

<sup>1</sup> Le témoin paraît dire à tort « Monsieur le juge », car selon le dossier, il répondait à la question de l'avocat du ministère public.

This brief exchange contains the problematic evidence that is central to this appeal. It comprises but a few lines of Sgt. Arsenault's 34 pages of testimony. I shall refer to it as the "Impugned Testimony".

*B. Defence Evidence*

[21] The defence called two witnesses — Mr. Sekhon himself and Mr. Sekhon's nephew, Mr. Grewal.

[22] Mr. Sekhon presented the following version of events. On the day of his arrest, he said that he had been working on one of his family farms in Abbotsford. At some point in the afternoon, Mr. Grewal came to pick him up. Mr. Grewal asked Mr. Sekhon if he would accompany Mr. Grewal to Washington State to deliver employee pay cheques and to check on some pruning. While in Washington State, Mr. Sekhon received a phone call from his friend Chris, who was shopping at a nearby mall, and they agreed to meet at the mall for lunch. On the way to the mall, Mr. Grewal received a telephone call asking him to return to one of the farms in Canada. Mr. Grewal left Mr. Sekhon at the mall because he knew that Mr. Sekhon would be able to get back to Canada. Over lunch, Chris told Mr. Sekhon that he had left his pickup truck in the area the night before. He had been drinking and received a ride home to British Columbia with friends. Since he had come back to the U.S. that day in another vehicle, Chris asked Mr. Sekhon to drive his truck back to Canada for him. Mr. Sekhon agreed and Chris gave him a key attached to a fob. Chris showed Mr. Sekhon how to use the fob to lock and unlock the truck and activate the truck alarm.

[23] Mr. Sekhon and Chris drove to the border crossing in two separate vehicles. Mr. Sekhon testified that after his release from custody, he attempted to find Chris but was unsuccessful. He maintained that, even though he had known Chris for two years, he did not know Chris's last name and only had his cell phone number, which had been disconnected.

Ce bref échange renferme l'élément de preuve problématique qui est à l'origine du pourvoi. Il correspond à quelques lignes de l'une des 34 pages du témoignage du sergent Arsenault. Je l'appelle ci-après le « témoignage litigieux ».

*B. La preuve de la défense*

[21] La défense a fait témoigner deux personnes : M. Sekhon et son neveu, M. Grewal.

[22] M. Sekhon a donné sa version des faits. Le jour de son arrestation, il avait travaillé à l'une des fermes de sa famille à Abbotsford. À un moment de l'après-midi, M. Grewal, était venu le chercher et lui avait demandé de l'accompagner dans l'État de Washington pour y livrer des chèques de paie et jeter un coup d'œil à de l'élagage. Alors qu'il se trouvait dans le Washington, M. Sekhon avait reçu un appel de son ami Chris, qui magasinait dans un centre commercial des environs, où ils avaient convenu de se rencontrer pour le repas du midi. En route vers le centre commercial, M. Grewal avait reçu l'appel d'une personne qui lui demandait de retourner à l'une des fermes au Canada. Il avait déposé M. Sekhon au centre commercial, car il ne doutait pas que l'appelant pourrait rentrer au Canada par ses propres moyens. Pendant leur repas, Chris avait dit à M. Sekhon qu'il avait laissé sa camionnette dans les environs la nuit précédente. Il avait bu et des amis l'avaient ramené chez lui en Colombie-Britannique. Comme il était revenu aux États-Unis ce jour-là à bord d'un autre véhicule, il avait demandé à M. Sekhon de ramener sa camionnette au Canada, et ce dernier avait accepté. Chris lui avait remis une clé fixée à une télécommande d'accès dont il lui avait montré à se servir pour verrouiller et déverrouiller la camionnette et activer le système d'alarme.

[23] M. Sekhon et Chris s'étaient rendus à la frontière à bord de deux véhicules distincts. M. Sekhon a affirmé qu'une fois mis en liberté après sa détention, il avait tenté de retrouver Chris, mais sans succès. Il a soutenu que, même s'il connaissait Chris depuis deux ans, il ne connaissait pas son nom de famille et n'avait que son numéro de téléphone portable, qui n'était plus en service.

[24] Mr. Sekhon testified that he did not know that there was cocaine in the truck, and that he had no reason to be suspicious of Chris's request.

[25] Mr. Grewal corroborated most of Mr. Sekhon's testimony up to the point of dropping Mr. Sekhon off at the mall.

### C. *Reasons of the Trial Judge*

#### (1) The Trial Judge's View of Mr. Sekhon's Evidence

[26] The trial judge found numerous difficulties with the version of events presented by Mr. Sekhon. He discussed at length no less than 12 deficiencies inherent in his story. Some of the more glaring of these are reviewed below.

[27] First, the trial judge found that it made "no sense" (A.R., vol. I, at p. 18) that Chris would have left a vehicle containing \$1.5 million worth of cocaine parked overnight on a city street while he went out drinking with friends. Moreover, it would be "completely illogical" (p. 19) for Chris to drive to Washington State the following day without having a firm plan, before leaving B.C., as to how the extra vehicle would be returned to Canada.

[28] Second, the trial judge observed that importing 50 kg of cocaine is clearly a risky venture and that Chris would logically want to take steps to reduce the risk if in fact he had chosen to use a blind courier. Yet if Mr. Sekhon were asked at the border whether anyone had given him anything to bring back into Canada — the question being a common one — the truthful response would have been "the truck" (A.R., vol. I, at p. 20). The fact that Mr. Sekhon did not even know Chris's last name would likely have resulted in a referral for a secondary inspection and increased the risk that the cocaine would be found. The trial judge found it unlikely that Chris would use Mr. Sekhon as a blind courier without providing him with more

[24] Dans son témoignage, M. Sekhon a dit avoir ignoré la présence de la cocaïne à bord de la camionnette et n'avoir eu aucune raison de se méfier lorsque Chris lui avait demandé de ramener le véhicule.

[25] M. Grewal a corroboré l'essentiel du témoignage de M. Sekhon quant aux faits survenus avant qu'il ne dépose celui-ci au centre commercial.

### C. *Motifs du juge du procès*

#### (1) L'appréciation du témoignage de M. Sekhon par le juge du procès

[26] Le juge du procès relève de nombreuses failles dans la version des faits de M. Sekhon. Il examine en détail pas moins de 12 d'entre elles. Je fais état ci-après de certaines des plus flagrantes.

[27] D'abord, le juge du procès trouve [TRADUCTION] « invraisemblable » (d.a., vol. I, p. 18) que Chris ait laissé un véhicule contenant 1,5 million de dollars de cocaïne stationné toute la nuit dans une rue de la ville pendant qu'il est allé prendre un verre avec des amis. De plus, il était « totalement illogique » (p. 19) que Chris se rende dans l'État de Washington le lendemain sans savoir précisément, avant de quitter la Colombie-Britannique, comment l'autre véhicule serait ramené au Canada.

[28] En deuxième lieu, le juge fait remarquer que l'importation de 50 kg de cocaïne représente manifestement une entreprise risquée et que la logique aurait voulu que, s'il avait effectivement décidé de faire appel à un passeur involontaire, Chris prenne des mesures pour réduire le risque y afférent. En effet, dans l'éventualité hautement probable où un douanier aurait demandé à M. Sekhon si une autre personne lui avait demandé de rapporter quelque chose au Canada, il aurait répondu [TRADUCTION] « la camionnette » (d.a., vol. I, p. 20). Le fait que M. Sekhon ne connaisse même pas le nom de famille de Chris aurait vraisemblablement donné lieu à une inspection secondaire et accru le risque de découverte de la cocaïne. Le juge estime peu



information about the truck, including the name of its owner.

[29] Third, the trial judge noted that, according to Mr. Sekhon's testimony, when Chris gave the truck keys to Mr. Sekhon, they were attached to the fob's chain (A.R., vol. I, at p. 22). The keys were connected to this chain by a clasp that was not prone to open accidentally. Manual manipulation was required to separate the keys from the chain. Significantly, there was no fob attached to the keys that Mr. Sekhon provided to the customs officer — the fob was only revealed later when Mr. Sekhon was asked to empty his pockets. The trial judge conducted a thorough review of the circumstances surrounding the fob and concluded, based on all the evidence, that Mr. Sekhon had manually separated the key from the fob after turning off the ignition in the secondary inspection area. Based on Mr. Sekhon's version of the events, there would have been no reason for doing so. If, on the other hand, Mr. Sekhon knew about the hidden compartment, he would logically want to distance the fob, which controlled access to the hidden compartment, from the truck.

[30] Fourth, the trial judge rejected Mr. Sekhon's explanation as to why, at the time of his arrest, he was in possession of the envelope on which a lock combination was handwritten. Mr. Sekhon testified that the information related to a condominium unit he had been interested in renting. The trial judge found that it was "completely unbelievable" (A.R., vol. I, at p. 23) that information about the combination for a locker at that unit would be provided to a person who had only expressed an interest in renting. The trial judge found it reasonable to conclude that the information related to a storage locker, and noted that the cocaine would likely need to be stored in Canada. The trial judge also pointed out that the envelope was not in Mr. Sekhon's wallet, but in the pocket of his farm clothes. On Mr. Sekhon's version of the events, there was no logical reason for having the envelope in his possession at the time of his arrest. It made no sense that he would have put this envelope in his farm

probable que Chris ait fait de M. Sekhon un passager involontaire sans lui donner plus de renseignements sur la camionnette, y compris le nom du propriétaire.

[29] Troisièmement, le juge souligne que, au dire de M. Sekhon, la clé de la camionnette était jumelée à la télécommande d'accès lorsque Chris la lui avait remise (d.a., vol. I, p. 22). Elle y était reliée par une chaîne et un fermoir qui ne risquait pas de s'ouvrir accidentellement. Seule une opération manuelle permettait de retirer la clé de la chaîne. D'ailleurs, nulle télécommande d'accès n'était jointe à la clé que M. Sekhon avait remise au douanier, la télécommande n'ayant été découverte que plus tard, lorsqu'on avait demandé à M. Sekhon de vider ses poches. Le juge examine attentivement les données relatives à la télécommande et conclut, au vu de l'ensemble de la preuve, que M. Sekhon a séparé la clé manuellement après avoir éteint le moteur du véhicule dans l'aire d'inspection secondaire. Selon sa version des faits, M. Sekhon n'avait aucune raison de le faire. Par contre, s'il connaissait l'existence du compartiment secret, il aurait certainement voulu éloigner de la camionnette la télécommande qui donnait accès au compartiment.

[30] Quatrièmement, le juge du procès rejette les raisons invoquées par M. Sekhon, au moment de son arrestation, pour avoir eu en sa possession une enveloppe sur laquelle le numéro de la combinaison d'une serrure était écrit à la main. M. Sekhon a affirmé que les données visaient un appartement qu'il envisageait de louer. Selon le juge, il est [TRADUCTION] « tout à fait invraisemblable » (d.a., vol. I, p. 23) qu'on ait donné à un simple locataire éventuel le numéro de la combinaison donnant accès à une remise dans l'immeuble. Il lui paraît par contre raisonnable de conclure que les données visaient un local de rangement, et il ajoute que l'existence d'un lieu d'entreposage au Canada devait vraisemblablement s'imposer. De plus, l'enveloppe se trouvait non pas dans le portefeuille de M. Sekhon, mais dans la poche de ses vêtements de ferme. Selon sa version des faits, M. Sekhon n'avait aucune raison valable d'avoir l'enveloppe en sa possession au moment de l'arrestation. Il n'était

clothes; nor did it make any sense that he would have been wearing his farm clothes when he viewed the condominium unit.

[31] Fifth, the trial judge identified “glaring inconsistencies” (A.R., vol. I, at p. 24) between what Mr. Sekhon told the customs officers and what he testified to in court. For example, when Mr. Sekhon was initially asked by the customs officer whether he had any receipts or pay stubs available to support his stated purpose of travel to the U.S., Mr. Sekhon said he had given them to his accountant. The trial judge pointed out that “[i]n court, there was no mention of any accountant, nor could there be, because it was Mr. Grewal and not the accused who dealt with the cheques and the workers” (p. 25). Another example highlighted by the trial judge was the fact that Mr. Sekhon told a second customs officer that he took the cheques to his friend’s uncle at the Arco gas station in Linden. The trial judge noted that “[t]he accused’s court testimony could not logically include a friend’s uncle and there was no mention of any Arco gas station” (*ibid.*). The trial judge found that this was not simply an ordinary case of nerves that an average person might experience at a border crossing. He noted that some of the inconsistent statements were made before the cocaine was found and that it was “difficult to understand” how a true blind courier could be so nervous at the border that he would misspeak to the extent of the inconsistencies in question (*ibid.*).

[32] Sixth, the trial judge addressed the fact that Mr. Sekhon chewed up a piece of green paper while he was in the detention cell at the immigration office. He found that Mr. Sekhon’s explanation regarding the origin of the paper was “simply unbelievable, as is the accused’s suggestion that he chewed the paper because it was a habit he had at the time” (A.R., vol. I, at p. 26). On this point, the trial judge found that it was “not unreasonable to conclude that he chewed it up because it contained some potentially incriminating writing” (p. 33).

[33] In the end, it is abundantly clear that the trial judge disbelieved Mr. Sekhon’s explanation as to how he came to be driving a truck, containing 50 kg of cocaine, across the border. His reasons are

pas logique qu’il ait mis l’enveloppe dans ses vêtements de ferme, non plus qu’il ait porté ceux-ci pour aller visiter l’appartement.

[31] Cinquièmement, le juge relève des [TRADUCTION] « incohérences flagrantes » (d.a., vol. I, p. 24) entre les déclarations de M. Sekhon aux douaniers et son témoignage au procès. Par exemple, lorsque le premier douanier lui a demandé s’il pouvait produire des reçus ou des talons de chèque à l’appui de ses dires quant au motif de sa visite aux États-Unis, M. Sekhon a répondu qu’il les avait remis à son comptable. Le juge souligne que, « [a]u procès, l’accusé n’a jamais fait mention d’un comptable, et qu’il n’aurait pu le faire non plus, car c’était M. Grewal, et non l’accusé, qui s’occupait des chèques et des travailleurs » (p. 25). Il fait également ressortir que M. Sekhon a dit au deuxième douanier qu’il avait apporté les chèques à l’oncle d’un ami à la station-service Arco, à Linden. Or, « [l]e témoignage de l’accusé au procès ne pouvait pas logiquement faire état de l’oncle d’un ami, et il n’a pas été question d’une station-service Arco » (*ibid.*). Le juge conclut qu’on ne peut simplement imputer ces contradictions à la nervosité de toute personne qui se présente à un poste-frontière. Il signale que certaines des déclarations contradictoires sont antérieures à la découverte de la cocaïne et qu’il est « difficile de concevoir » qu’un véritable passeur involontaire puisse être nerveux au point de s’exprimer de manière aussi incohérente (*ibid.*).

[32] Sixièmement, le juge du procès se penche sur le bout de papier vert mâché par M. Sekhon pendant sa détention au bureau de l’immigration. Il conclut que l’explication de M. Sekhon sur la provenance du bout de papier est [TRADUCTION] « simplement invraisemblable, tout comme celle qui attribue le mâchonnement du bout de papier à une manie qu’il avait alors » (d.a., vol. I, p. 26). Le juge opine qu’il n’est « pas déraisonnable de conclure qu’il a mâché le papier parce que des renseignements susceptibles de l’incriminer y figuraient » (p. 33).

[33] Au final, il appert clairement que le juge du procès n’a pas cru M. Sekhon lorsque celui-ci a tenté d’expliquer comment il avait pu se présenter à la frontière au volant d’une camionnette contenant

replete with observations that Mr. Sekhon’s version of events made “no sense”, that it was “illogical”, “difficult to accept”, “difficult to comprehend”, “incredible”, “not at all convincing”, “not credible”, “completely unbelievable” and contained “glaring inconsistencies” (A.R., vol. I, at pp. 18, 19, 23, 24, 26 and 27). As stated earlier, he pinpointed and discussed at length no less than 12 problems with the evidence given by Mr. Sekhon. He concluded that there were “far too many coincidences in the accused’s evidence to make his version of events plausible” (p. 27) and that “the likelihood that all these coincidences happened within this limited time frame is so remote as to render the accused’s evidence unbelievable. These coincidences present as created to fit the evidence” (p. 28).

(2) The Trial Judge’s View of the Crown’s Case

[34] The trial judge completed his assessment of Mr. Sekhon’s testimony as follows:

The net effect of these difficulties is that I do not believe the evidence presented by the accused, nor does it raise any reasonable doubt as to the accused’s guilt on the two charges, and specifically his knowledge of the cocaine in the truck’s hidden compartment. [A.R., vol. I, at p. 29]

[35] The trial judge then went on to discuss the Crown’s evidence. He found three pieces of circumstantial evidence to be “very significant” (A.R., vol. I, at p. 30). First was the value of cocaine involved. He concluded, in accordance with Sgt. Arsenault’s testimony, that the owners of such a significant amount of cocaine would want a trusted and reliable individual handling the shipment, and “[w]ith that proven reliability and trust naturally comes some knowledge” (*ibid.*).

[36] The second significant piece of evidence also came from Sgt. Arsenault’s testimony, as follows:

50 kg de cocaïne. Ses motifs regorgent de remarques selon lesquelles la version des faits offerte par M. Sekhon est [TRADUCTION] « invraisemblable », « illogique », « difficile à croire », « difficile à saisir », « incroyable », « pas du tout convaincante », « pas crédible », « totalement invraisemblable » et renferme des « incohérences flagrantes » (d.a., vol. I, p. 18, 19, 23, 24, 26 et 27). Rappelons qu’il relève dans le témoignage de M. Sekhon pas moins de 12 failles qu’il examine ensuite en détail. Il conclut que « les coïncidences sont beaucoup trop nombreuses pour que sa version des faits soit plausible » (p. 27) et, à son avis, « la probabilité que toutes ces coïncidences se soient produites pendant le court laps de temps en cause est si faible que le témoignage de l’accusé n’est pas digne de foi. Ces coïncidences semblent avoir été inventées pour les besoins du témoignage » (p. 28).

(2) L’appréciation de la preuve du ministère public par le juge du procès

[34] Au terme de son appréciation du témoignage de M. Sekhon, le juge dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Étant donné ces failles, je n’ajoute pas foi aux dires de l’accusé, et son témoignage ne soulève pas non plus de doute raisonnable quant à sa perpétration des deux infractions et, plus particulièrement, à sa connaissance du fait que la cocaïne était dissimulée dans un compartiment secret de la camionnette. [d.a., vol. I, p. 29]

[35] Le juge du procès passe ensuite à la preuve du ministère public. Il tient trois éléments de preuve circonstancielle pour [TRADUCTION] « très importants » (d.a., vol. I, p. 30). Le premier est la valeur de la cocaïne trouvée. Il conclut, comme l’avait fait le sergent Arsenault dans son témoignage, que les propriétaires d’une aussi grande quantité de cocaïne en auraient confié le transport à une personne fiable en qui ils avaient confiance et que « [c]ette fiabilité et cette confiance supposent forcément un certain degré d’information » (*ibid.*).

[36] Le deuxième élément de preuve circonstancielle important est également tiré du témoignage du sergent Arsenault :

I conclude [Sgt. Arsenault] was a fair, unbiased witness. I accept his evidence. Included therein is his opinion that individuals tasked with importing controlled substances in amounts of this size would be part of a larger, closely-knit organization and they would know what commodity they were importing, as that would be factored into the fee they had negotiated. Sgt. Arsenault also testified that in the thousand or more cocaine-importing investigations he has been involved in he has never encountered a blind courier, that being a person who does not know the nature or existence of the commodity being moved from one location to another. [Emphasis added; A.R., vol. I, at pp. 30-31.]

The last sentence of this passage references the Impugned Testimony.

[37] The third piece of evidence that the trial judge found to be significant was the fob. As mentioned earlier, the trial judge made a finding of fact that the fob and the ignition key were connected by the chain until Mr. Sekhon turned off the ignition in the secondary inspection area. Prior to this point, there was no opportunity and no rational reason for separating them. The trial judge concluded that Mr. Sekhon separated the two in an attempt to distance the fob from the truck because he knew that the fob controlled access to the hidden compartment. Mr. Sekhon takes no issue with that finding.

[38] In addition to these three significant pieces of evidence, the trial judge noted other circumstantial evidence that also supported his finding that Mr. Sekhon knew about the cocaine: the incessant ringing of Mr. Sekhon's cell phone at a time when others within the organization would be wanting to know whether the drugs had crossed the border, the writing on the envelope that Mr. Sekhon had in his possession at the time he was arrested, Mr. Sekhon's excessively nervous behaviour in the customs office, the fact that Mr. Sekhon chewed up the piece of green paper while in the detention cell, and the fact that Mr. Sekhon told a number of lies to the customs officers.

[39] In the result, Mr. Sekhon was convicted of importing cocaine and possession of cocaine for the purpose of trafficking.

[TRADUCTION] J'estime que [le sergent Arsenault] a témoigné de manière objective et impartiale. Je retiens son témoignage. Il y exprime l'opinion que les personnes appelées à importer de telles quantités de substances désignées font partie d'une organisation à la fois importante et soudée et qu'elles savent ce qu'elles importent, puisque cette information joue dans la négociation de leur rémunération. Le sergent Arsenault a ajouté que, dans les mille enquêtes ou plus qu'il avait menées dans des affaires d'importation de cocaïne, il n'avait jamais eu affaire à un passeur involontaire, c'est-à-dire à une personne qui ignorait la nature ou la présence de la marchandise transportée d'un endroit à un autre. [Je souligne; d.a., vol. I, p. 30-31.]

La dernière phrase de cet extrait des motifs renvoie au témoignage litigieux.

[37] Le troisième élément de preuve circonstancielle tenu pour important est la télécommande d'accès. Rappelons que le juge du procès tire la conclusion de fait que la télécommande et la clé de contact étaient reliées l'une à l'autre par une chaîne jusqu'à ce que M. Sekhon éteigne le moteur dans l'aire d'inspection secondaire. Avant ce moment, M. Sekhon n'avait eu aucune possibilité ni aucun motif rationnel de les séparer. Le juge conclut que M. Sekhon les a séparées dans le but d'éloigner la télécommande de la camionnette parce qu'il savait qu'elle donnait accès au compartiment secret. L'appelant ne conteste pas cette conclusion.

[38] Outre ces trois éléments de preuve importants, le juge du procès en relève d'autres, de nature circonstancielle, qui étayaient sa conclusion selon laquelle M. Sekhon était au courant de la présence de cocaïne : le fait que le téléphone de M. Sekhon n'a cessé de sonner alors que les autres membres de l'organisation derrière l'opération voulaient vraisemblablement savoir si la drogue avait franchi la frontière, les mentions écrites sur l'enveloppe que M. Sekhon avait sur lui lors de son arrestation, le comportement excessivement nerveux de M. Sekhon au bureau de douane, le mâchonnement d'un morceau de papier vert en cellule et les men-songes aux agents des douanes.

[39] M. Sekhon a donc été déclaré coupable d'importation de cocaïne et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic.

D. *British Columbia Court of Appeal, 2012 BCCA 512, 331 B.C.A.C. 170*

[40] On appeal, Mr. Sekhon took issue with Sgt. Arsenault’s testimony. He maintained that it was neither relevant nor necessary and that its prejudicial effect outweighed its probative value.

[41] The majority of the B.C. Court of Appeal disagreed. Newbury J.A., in dissent, viewed the matter differently. While she accepted that the bulk of Sgt. Arsenault’s evidence was properly admissible, she found that the Impugned Testimony did not fall within this category. In her view, it was “purely anecdotal evidence, not amenable to cross-examination in any real sense, from an officer who was not in a position to determine as a matter of fact whether in all [of the approximately] 1,000 cases he had investigated, the courier had been ‘blind’ or not” (para. 26). Moreover, she held that the evidence “provided no assistance to the Court as to whether the accused had known what he was transporting”, but rather “tended to short-circuit that inquiry” (*ibid.* (emphasis in original)). She provided strong words of caution in regards to such expert testimony:

I see little difference between this situation and a police officer with experience in domestic disputes being permitted to testify that in all his or her experience, no such dispute has ever involved self-defence; or an officer experienced in investigating murder being permitted to testify that in all the cases he or she has investigated, the accused intended the death of his or her victim.

Anecdotal evidence of this kind is just that — anecdotal. It does not speak to the particular facts before the Court, but has the superficial attractiveness of seeming to show that the probabilities are very much in the Crown’s favour, and of coming from the mouth of an “expert”. If it can be said to be relevant to the case of a particular accused, it is also highly prejudicial. [paras. 26-27]

Newbury J.A. concluded that the Impugned Testimony “should not have been relied upon by the trial judge in reaching his verdict” (para. 25). She

D. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2012 BCCA 512, 331 B.C.A.C. 170*

[40] En appel, M. Sekhon a contesté le témoignage du sergent Arsenault. Il a soutenu qu’il n’était ni pertinent ni nécessaire et que son effet préjudiciable l’emportait sur sa valeur probante.

[41] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ne partagent pas cet avis, mais la juge Newbury, dissidente, voit les choses autrement. Elle convient que l’essentiel du témoignage était admissible, mais que la portion litigieuse ne l’était pas. À son avis, il s’agissait d’un [TRADUCTION] « témoignage purement anecdotique, qui ne se prêtait pas à un véritable contre-interrogatoire, livré par un agent qui n’était pas en mesure de déterminer si, dans le millier d’enquêtes qu’il avait menées, le passeur avait effectivement été “involontaire” ou non » (par. 26). Elle ajoute que le témoignage « n’a pas aidé le tribunal à déterminer si l’accusé savait ou non ce qu’il transportait », mais qu’il « a pu avoir pour effet de court-circuiter l’examen de la question » (*ibid.* (souligné dans l’original)). Elle met vivement en garde contre l’utilisation de pareil témoignage d’expert :

[TRADUCTION] Je ne vois guère de différence entre la situation considérée en l’espèce et celle où l’on permet à un policier expérimenté dans les affaires de violence conjugale de dire que, jamais dans sa carrière, il n’a conclu à la légitime défense dans de tels dossiers, ou le cas d’un enquêteur d’expérience de la section des homicides à qui l’on permet d’affirmer que, dans toutes les enquêtes qu’il a menées, l’accusé avait voulu la mort de sa victime.

Une telle preuve anecdotique relève précisément de l’anecdote. Elle ne se rapporte pas aux faits particuliers dont le tribunal est saisi, mais elle est d’emblée attrayante en ce qu’elle paraît démontrer que les probabilités penchent beaucoup en faveur de la thèse du ministère public, et qu’elle est le fait d’un « expert ». Si la preuve peut se révéler pertinente dans le cas d’un accusé en particulier, elle est aussi très préjudiciable. [par. 26-27]

La juge Newbury conclut que le [TRADUCTION] « juge du procès n’aurait pas dû fonder sa décision » sur le témoignage litigieux (par. 25). Elle

would have allowed the appeal and ordered a new trial.

#### IV. Issues

[42] At issue is whether the trial judge improperly admitted and relied upon the Impugned Testimony. If the trial judge so erred, the remaining question is whether the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* can be applied to sustain the convictions.

#### V. Analysis

##### A. *Requirements for Expert Opinion Evidence*

[43] As set out *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at pp. 20-25, and affirmed in *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, and *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, the admission of expert evidence depends on the following criteria: (1) relevance; (2) necessity in assisting the trier of fact; (3) the absence of any exclusionary rule; and (4) a properly qualified expert.

[44] With respect to the “relevance” criterion, *Mohan* states that the judge must conduct a cost-benefit analysis to determine “whether its value is worth what it costs” (p. 21, quoting *McCormick on Evidence* (3rd ed. 1984), at p. 544). The cost-benefit analysis requires the judge to balance the probative value of the evidence against its prejudicial effect (*Mohan*, at p. 21).

[45] As for the “necessity” criterion, *Mohan* holds that “[i]f on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of [an] expert is unnecessary” (p. 23, quoting Lawton L.J. in *R. v. Turner*, [1975] 1 Q.B. 834, at p. 841). The Court went on to note that the concern “inherent in the application of this criterion [is] that experts not be permitted to usurp the functions of the trier of fact” (p. 24).

aurait accueilli l’appel et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

#### IV. Questions en litige

[42] La Cour doit décider si le juge du procès a eu tort d’admettre le témoignage litigieux et de tenir compte de celui-ci pour rendre sa décision. Dans l’affirmative, il faut dès lors déterminer si la disposition réparatrice correspondant au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* permet la confirmation des déclarations de culpabilité.

#### V. Analyse

##### A. *Conditions d’admissibilité du témoignage d’opinion livré par un expert*

[43] Comme le dit la Cour dans l’arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 20-25, puis le confirme dans *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, et *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, l’admissibilité de la preuve d’expert tient au respect des critères suivants : (1) la pertinence, (2) la nécessité d’aider le juge des faits, (3) l’absence de toute règle d’exclusion et (4) la qualification suffisante de l’expert.

[44] S’agissant de la « pertinence », il appert de l’arrêt *Mohan* que le juge doit se livrer à une analyse des inconvénients et des avantages pour déterminer « si la valeur en vaut le coût » (p. 21, citation de *McCormick on Evidence* (3<sup>e</sup> éd. 1984), p. 544). Cette analyse exige la mise en balance de la valeur probante de la preuve et de son effet préjudiciable (*Mohan*, p. 21).

[45] En ce qui concerne la « nécessité », la Cour conclut dans *Mohan* que « [s]i, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l’opinion de l’expert n’est pas nécessaire » (p. 23, citation du lord juge Lawton dans *R. c. Turner*, [1975] 1 Q.B. 834, p. 841). La Cour ajoute que la crainte « inhérente à l’application de ce critère [est] que les experts [usurpent] les fonctions du juge des faits » (p. 24).

[46] Given the concerns about the impact expert evidence can have on a trial — including the possibility that experts may usurp the role of the trier of fact — trial judges must be vigilant in monitoring and enforcing the proper scope of expert evidence. While these concerns are perhaps more pronounced in jury trials, all trial judges — including those in judge-alone trials — have an ongoing duty to ensure that expert evidence remains within its proper scope. It is not enough to simply consider the *Mohan* criteria at the outset of the expert’s testimony and make an initial ruling as to the admissibility of the evidence. The trial judge must do his or her best to ensure that, throughout the expert’s testimony, the testimony remains within the proper boundaries of expert evidence. As noted by Doherty J.A. in *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, at para. 62:

The admissibility inquiry is not conducted in a vacuum. Before deciding admissibility, a trial judge must determine the nature and scope of the proposed expert evidence. In doing so, the trial judge sets not only the boundaries of the proposed expert evidence but also, if necessary, the language in which the expert’s opinion may be proffered so as to minimize any potential harm to the trial process. A cautious delineation of the scope of the proposed expert evidence and strict adherence to those boundaries, if the evidence is admitted, are essential. The case law demonstrates that overreaching by expert witnesses is probably the most common fault leading to reversals on appeal . . . . [Emphasis added; citations omitted.]

[47] The trial judge must both ensure that an expert stays within the proper bounds of his or her expertise and that the content of the evidence itself is properly the subject of expert evidence.

[48] It is foreseeable that mistakes will be made and that, as happened in the instant case, testimony that strays beyond the proper scope of the expert evidence will be given. It is also foreseeable that defence counsel may fail to object to the testimony at the time the problematic statements are made. In a jury trial, once the statements have been made, it may be somewhat more difficult to address the problem — but a remedial instruction advising the

[46] Compte tenu des craintes exprimées concernant l’incidence éventuelle du témoignage d’un expert sur l’issue d’un procès — y compris le risque que l’expert usurpe la fonction du juge des faits —, le juge du procès doit veiller à bien encadrer l’expert et à dûment circonscrire son témoignage. Même si le risque est accru dans le cas d’un procès devant jury, le juge, y compris celui qui siège seul, a l’obligation de toujours faire en sorte que le témoignage de l’expert respecte les limites établies. Il ne suffit pas qu’il tienne compte des critères de l’arrêt *Mohan* au début du témoignage de l’expert et qu’il rende une décision initiale quant à l’admissibilité de la preuve. Il doit faire en sorte que, tout au long de son témoignage, l’expert respecte les limites établies à l’égard d’une telle preuve. Comme le fait observer le juge Doherty dans *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 62 :

[TRADUCTION] L’admissibilité du témoignage n’est pas examinée en vase clos. Le juge du procès doit, avant de se prononcer, déterminer la nature et la portée du témoignage proposé. Non seulement il délimite le témoignage, mais il décide aussi, au besoin, des termes que l’expert pourra employer afin de réduire le risque de viciation du procès. Il est essentiel de déterminer avec précaution la portée du témoignage de l’expert et de s’assurer du strict respect des limites ainsi établies si le témoignage est admis. La jurisprudence montre que le non-respect de telles limites par un témoin-expert est probablement la faute qui justifie le plus souvent l’infirmité d’une décision en appel . . . [Je souligne; renvois omis.]

[47] Le juge du procès doit veiller à ce que l’expert respecte les justes limites de son domaine d’expertise, puis s’assurer que la teneur de la preuve elle-même fait l’objet à juste titre d’un témoignage d’expert.

[48] On peut s’attendre à des erreurs et, comme en l’espèce, à des témoignages qui dépassent les limites du domaine d’expertise. Il est également prévisible qu’un avocat de la défense omette de faire objection à un témoignage lorsque des propos discutables sont tenus. Dans un procès devant jury, une fois la déclaration faite, il peut être un peu plus difficile de corriger le tir, mais il suffira généralement de donner au jury la directive

jury to disabuse their minds of the inadmissible evidence will generally suffice. Judges, on the other hand, are accustomed to disabusing their minds of inadmissible evidence. It goes without saying that where the expert evidence strays beyond its proper scope, it is imperative that the trial judge not assign any weight to the inadmissible parts.

#### B. *Application to This Case*

[49] In my view, the trial judge erred in relying upon the Impugned Testimony. The fact that Sgt. Arsenault did not personally encounter a blind courier over the course of his investigations is neither relevant nor necessary, within the meaning ascribed to those terms by this Court in *Mohan*, to the issue facing the trial judge — namely, whether Mr. Sekhon himself had knowledge of the drugs. The Impugned Testimony, though perhaps logically relevant, was not legally relevant because the guilt or innocence of accused persons that Sgt. Arsenault had encountered in the past is legally irrelevant to the guilt or innocence of Mr. Sekhon (see *Mohan*, at pp. 20-21). In other words, the Impugned Testimony was of no probative value in determining whether *Mr. Sekhon* knew about the cocaine in the hidden compartment. It is trite to say that a fundamental tenet of our criminal justice system is that the guilt of an accused cannot be determined by reference to the guilt of other, unrelated accused persons. Moreover, the Impugned Testimony was not necessary because determining whether Mr. Sekhon knew about the drugs is not beyond the knowledge and experience of the judge, and it is certainly not a matter that is technical or scientific in nature.

[50] The lack of relevance or probative value is, in my view, sufficient to justify the exclusion of the Impugned Testimony. However, it is worth noting the prejudicial effect that such evidence may have on a trial. I agree with Newbury J.A. to the extent that she found little to no difference between the Impugned Testimony in this case and a homicide investigator being permitted to testify that in all of the cases she or he has worked on, the accused

correctrice de ne pas tenir compte de la preuve inadmissible. Pour sa part, le juge est rompu à l'art de faire abstraction d'une preuve irrecevable. Il va sans dire que lorsque le témoignage dépasse les limites du domaine d'expertise, il est impératif que le juge du procès n'accorde aucune importance aux portions inadmissibles.

#### B. *Application à la présente espèce*

[49] À mon avis, le juge du procès a eu tort de se fonder sur le témoignage litigieux. Que le sergent Arsenault n'ait jamais eu affaire au cas d'un passeur involontaire au cours de ses enquêtes n'est ni pertinent ni nécessaire, au sens que la Cour attribue à ces mots dans l'arrêt *Mohan*, pour trancher la question en litige au procès — à savoir si M. Sekhon était au courant de la présence de la drogue. Même s'il pouvait être pertinent sur le plan logique, le témoignage litigieux ne l'était pas sur le plan juridique, car la culpabilité ou l'innocence des accusés auxquels le sergent Arsenault avait eu affaire dans le passé n'avaient aucun lien juridique avec la culpabilité ou l'innocence de M. Sekhon (voir *Mohan*, p. 20-21). Autrement dit, le témoignage litigieux n'avait pas valeur probante quant à savoir si *M. Sekhon* savait ou non qu'il y avait de la cocaïne dans le compartiment secret. Un principe fondamental de notre système de justice criminelle veut que la culpabilité d'un accusé ne puisse être établie en fonction de celle d'autres accusés qui n'ont pas de lien avec lui. De plus, le témoignage litigieux n'était pas nécessaire, car déterminer si M. Sekhon savait ou non la drogue présente à bord du véhicule n'est pas hors de portée du juge eu égard à ses connaissances et à son expérience et ne relève certainement pas de la technique ou de la science.

[50] L'absence de pertinence ou de valeur probante me paraît suffisante pour justifier l'exclusion du témoignage litigieux. Cependant, il importe de souligner l'effet préjudiciable qu'un tel témoignage peut avoir sur le procès. Je conviens avec la juge Newbury, de la Cour d'appel, qu'il n'y a guère de différence entre le témoignage litigieux entendu en l'espèce et celui d'un enquêteur de la section des homicides à qui on permet d'affirmer



intended the death of his or her victim. Nor do I see a difference between the Impugned Testimony and a stolen goods investigator testifying that he or she has never seen a case of innocent possession of stolen property, or an experienced fraud investigator testifying that he or she has never seen a case where a senior manager was not aware of fraudulent conduct occurring within the company (A.F., at para. 60). The inherent danger of admitting such evidence is obvious — as Newbury J.A. pointed out:

Anecdotal evidence of this kind is just that — anecdotal. It does not speak to the particular facts before the Court, but has the superficial attractiveness of seeming to show that the probabilities are very much in the Crown’s favour, and of coming from the mouth of an “expert”. If it can be said to be relevant to the case of a particular accused, it is also highly prejudicial. [para. 27]

This type of anecdotal evidence would appear to require the accused to somehow prove that, regardless of a particular expert’s past experience, the accused’s situation is different. Such a result is contrary to another fundamental tenet of our criminal justice system — that it is *the Crown* that bears the burden of proving the *mens rea* of an offence beyond a reasonable doubt. As the appellant points out, “such evidence would logically trigger a defence need to call evidence to refute such opinions, such as a retired investigator who did experience an innocent person in similar circumstances, or a witness who could testify that he or she was in the same circumstances of the accused and was innocent” (A.F., at para. 61). At that point, the trial would become a battle of experts — and a completely irrelevant battle at that.

[51] For these reasons, I conclude that the Impugned Testimony was inadmissible.

que, dans toutes les enquêtes auxquelles il a participé, l’accusé avait eu l’intention de tuer sa victime. Je ne vois pas non plus de différence entre le témoignage litigieux et celui d’un agent chargé d’enquêter sur des biens volés qui affirme n’avoir jamais eu connaissance d’un cas de possession innocente d’un bien volé, ou encore, celui d’un enquêteur chevronné de la section des fraudes qui déclare n’avoir jamais eu connaissance d’un cas où un cadre supérieur ignorait la perpétration d’actes frauduleux au sein de l’entreprise (m.a., par. 60). Le danger d’admettre un tel témoignage est évident, comme le souligne la juge Newbury :

[TRADUCTION] Une telle preuve anecdotique relève précisément de l’anecdote. Elle ne se rapporte pas aux faits particuliers dont le tribunal est saisi, mais elle est d’emblée attrayante en ce qu’elle paraît démontrer que les probabilités penchent beaucoup en faveur de la thèse du ministère public, et qu’elle est le fait d’un « expert ». Si la preuve peut se révéler pertinente dans le cas d’un accusé en particulier, elle est aussi très préjudiciable. [par. 27]

Une telle preuve empirique, si elle était admise, exigerait de l’accusé qu’il prouve d’une manière ou d’une autre que sa situation diffère de celles rencontrées par l’expert, ce qui serait contraire à un autre principe fondamental de notre système de justice criminelle, à savoir que c’est *au ministère public* qu’il appartient de prouver la *mens rea* de l’infraction hors de tout doute raisonnable. Comme le signale l’appelant, [TRADUCTION] « réfuter un tel témoignage d’opinion amènerait logiquement la défense à faire témoigner, par exemple, un enquêteur retraité qui aurait déjà eu affaire à une personne innocente dans des circonstances semblables, ou une personne susceptible d’affirmer qu’elle s’est déjà trouvée dans la même situation que l’accusé et qu’elle était innocente » (m.a., par. 61). Le procès se transformerait alors en bataille d’experts, une bataille au surplus totalement vaine.

[51] Pour ces motifs, je conclus que le témoignage litigieux était inadmissible.

C. *The Curative Proviso Is Appropriate in These Circumstances*

[52] Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, known as the curative proviso, states:

**686.** (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict . . . the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

. . .

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; . . .

[53] As this Court has repeatedly asserted, the curative proviso can only be applied where there is no “reasonable possibility that the verdict would have been different had the error . . . not been made” (*R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617, aff’d in *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 28). Flowing from this principle, this Court affirmed in *Khan* that there are two situations where the use of s. 686(1)(b)(iii) is appropriate: (1) where the error is harmless or trivial; or (2) where the evidence is so overwhelming that, notwithstanding that the error is not minor, the trier of fact would inevitably convict (paras. 29-31).

C. *La disposition réparatrice s’applique dans les circonstances*

[52] La disposition réparatrice — le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* — prévoit ce qui suit :

**686.** (1) Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité ou d’un verdict [. . .], la cour d’appel :

a) peut admettre l’appel, si elle est d’avis, selon le cas :

. . .

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit,

. . .

b) peut rejeter l’appel, dans l’un ou l’autre des cas suivants :

. . .

(iii) bien qu’elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l’appel pourrait être décidé en faveur de l’appelant, elle est d’avis qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit, . . .

[53] La Cour a maintes fois affirmé que la disposition réparatrice ne peut s’appliquer que lorsqu’il n’existe aucune « possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur » (*R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 617, conf. dans *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 28). Compte tenu de ce principe, la Cour confirme dans *Khan* que deux situations se prêtent à l’application du sous-al. 686(1)(b)(iii) : (1) l’erreur est inoffensive ou négligeable ou (2) la preuve est à ce point accablante que, même si l’erreur n’est pas sans importance, le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité (par. 29-31).

[54] In my view, this case falls squarely within the latter category. As the trial judge ably demonstrated, Mr. Sekhon's evidence is a contrivance from beginning to end and need not be considered. With his evidence off the table, had the Impugned Testimony been excluded, the remaining admissible evidence pointing towards Mr. Sekhon's guilt is overwhelming. I have reviewed this evidence earlier and need not repeat it. Suffice it to say that the circumstantial evidence bearing on Mr. Sekhon's knowledge can lead to only one rational conclusion — that Mr. Sekhon was aware of the cocaine secreted in the truck.

[55] The fob evidence on its own was devastating. As noted earlier, Mr. Sekhon himself testified that when he was given the fob, it was attached to the ignition key. As the trial judge noted, correctly in my view, “[t]he only logical conclusion to be drawn from [Mr. Sekhon's deliberate act of separating the fob from the keys] is that the accused did this to distance the fob from the truck because he knew that the fob controlled access to the hidden compartment which he would not want discovered” (A.R., vol. I, at p. 31). Standing alone, that finding was all but conclusive of Mr. Sekhon's guilt.

[56] But of course, it does not stand alone. It is part of a web of circumstantial evidence enveloping Mr. Sekhon from which he cannot escape. In this regard, it is important to note that when considering the second branch of the proviso in the context of a circumstantial case, it is necessary to look at the whole of the admissible evidence in assessing the strength of the case. It is not the task of an appellate court to parse each item of evidence in search of a possible innocent explanation. If that were so, it would be virtually impossible to ever satisfy the second branch of the proviso in a circumstantial case.

[54] À mon avis, la présente affaire correspond nettement à la seconde situation. Comme le démontre très bien le juge du procès, le témoignage de M. Sekhon est une invention du début à la fin et il n'y a pas lieu d'en tenir compte. Son témoignage écarté, les éléments de preuve admissibles tendant à établir sa culpabilité demeurent accablants même si l'on exclut le témoignage litigieux. J'ai déjà fait état de ces éléments de preuve, et il n'est pas nécessaire que j'y revienne. Il suffit de dire que la preuve circonstancielle liée à la connaissance des faits par M. Sekhon ne mène qu'à une seule conclusion rationnelle, à savoir que M. Sekhon savait que de la cocaïne était dissimulée dans la camionnette.

[55] À elle seule, la preuve relative à la télécommande d'accès a eu un effet catastrophique. Rappelons que M. Sekhon a dit lui-même qu'au moment où on la lui avait remise, elle était jumelée à la clé de contact. Le juge du procès fait remarquer, à juste titre selon moi, que [TRADUCTION] « [l]a seule conclusion logique à tirer de [l'acte délibéré de M. Sekhon de séparer la télécommande de la clé] est que l'accusé a voulu l'éloigner de la camionnette parce qu'elle donnait accès au compartiment secret et qu'il ne voulait pas que celui-ci soit découvert » (d.a., vol. I, p. 31). Cette seule inférence permet pratiquement de conclure à la culpabilité de M. Sekhon.

[56] Mais il ne s'agit évidemment pas du seul élément de preuve. M. Sekhon est empêtré dans un enchevêtrement d'éléments de preuve circonstancielle et ne peut s'en échapper. À cet égard, il importe de signaler qu'au moment de considérer l'application du deuxième volet de la disposition réparatrice dans le cas d'une preuve circonstancielle, il faut examiner l'ensemble des éléments admissibles pour apprécier la solidité de la preuve. La Cour d'appel n'a pas à considérer chacun des éléments de la preuve et à rechercher une éventuelle explication qui innocenterait l'accusé. S'il en allait ainsi, il serait pratiquement impossible de satisfaire aux conditions d'application du deuxième volet de la disposition réparatrice dans tous les cas où la preuve est circonstancielle.

[57] In conclusion, the thoughts expressed by Binnie J. in *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, at para. 46, and restated in *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505, at para. 24, are in my view, apposite to the case at hand:

Ordering a new trial raises significant issues for the administration of justice and the proper allocation of resources. 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.

## VI. Disposition

[58] For these reasons, I would dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and LeBel J. were delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

### I. Overview

[59] Ajitpal Singh Sekhon appeals from convictions for unlawfully importing cocaine into Canada and unlawfully possessing cocaine for the purpose of trafficking. The appellant was stopped at a border crossing between the United States and Canada, and the vehicle he was driving had a hidden compartment in which 50 kg of cocaine was found. The sole issue at trial was whether the appellant knew the cocaine was there. The appellant's defence was that he had been asked to drive the vehicle over the border for an acquaintance and had not known about the cocaine.

[60] To rebut this defence, the Crown called an experienced RCMP investigator to give expert evidence on the customs of the drug trade. In his evidence, this officer stated that he had never encountered a case involving a “blind courier”, that is, a person who transported cocaine without knowing

[57] Enfin, les propos du juge Binnie dans *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 46, repris dans *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505, par. 24, me paraissent indiqués en l'espèce :

Ordonner la tenue d'un nouveau procès soulève des questions importantes relativement à l'administration de la justice et à l'affectation adéquate des ressources. 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.

## VI. Dispositif

[58] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge LeBel rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

### I. Aperçu

[59] Ajitpal Singh Sekhon se pourvoit contre des déclarations de culpabilité pour importation illégale de cocaïne au Canada et possession illégale de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Il a été intercepté à la frontière canado-américaine au volant d'un véhicule dans lequel on a découvert 50 kg de cocaïne dans un compartiment secret. La seule question en litige au procès était celle de déterminer si l'appelant savait qu'il transportait de la drogue. En effet, l'appelant a plaidé en défense qu'une connaissance lui avait demandé de franchir la frontière à bord du véhicule et qu'il ignorait tout de la présence de la cocaïne.

[60] Pour réfuter ce moyen de défense, le ministère public a fait témoigner un enquêteur expérimenté de la GRC sur les procédés habituels des trafiquants de drogue. Le témoin-expert a alors affirmé n'avoir jamais eu connaissance d'un cas de [TRADUCTION] « passeur involontaire », c'est-à-dire

what it was, or that it existed (A.R., vol. III, at p. 144).

[61] I agree with my colleague Moldaver J. that the Crown's expert witness should not have been permitted to give opinion evidence concerning the guilt of other individuals he had investigated for drug importation. And the trial judge should not have relied on the comments in question in assessing the Crown's case against the appellant. Given the nature and the impact of these errors, I do not agree that this is an appropriate case for applying the curative proviso: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii). The Crown's case against the appellant was circumstantial, the errors of law were very serious, and I do not believe the evidence would inevitably have resulted in a verdict of guilt despite these errors. I would order a new trial.

## II. Background Facts

[62] On January 25, 2005, the appellant drove a pickup truck to the Aldergrove border crossing between British Columbia and Washington State. A search of the truck by customs officers uncovered 50 kg of cocaine hidden in a concealed compartment beneath the truck bed.

[63] The appellant testified at trial that he had driven to Washington earlier that day with his nephew Mike Grewal. Mr. Grewal had to return to Canada, but the appellant stayed behind in Washington and met with a school acquaintance from British Columbia named Chris. Chris told the appellant he had left his truck in Washington the previous evening because he was too drunk to drive it home and that he had now driven back to Washington to retrieve it. According to the appellant, Chris asked him to drive the truck back to Canada but did not tell him that there were drugs in it. Mr. Grewal also testified and he corroborated the appellant's evidence up to the point of his own return to Canada.

d'une personne qui ignorait la nature et la présence de la drogue en question (d.a., vol. III, p. 144).

[61] Je conviens avec mon collègue le juge Moldaver qu'on n'aurait pas dû permettre au témoin-expert du ministère public de livrer un témoignage d'opinion sur la culpabilité d'autres personnes accusées d'importation de drogue au sujet desquelles il avait déjà enquêté. Comme lui, j'estime que le juge du procès n'aurait pas dû s'appuyer sur les propos en cause pour apprécier la preuve du ministère public contre l'appelant. Cependant, la nature et l'incidence de ces erreurs ne permettent pas, à mon avis, d'appliquer la disposition réparatrice (*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, sous-al. 686(1)b(iii)). La preuve du ministère public contre l'appelant était circonstancielle, les erreurs de droit étaient très graves. Enfin, je ne crois pas que la preuve offerte aurait inévitablement débouché sur des déclarations de culpabilité malgré ces erreurs. J'ordonnerais donc la tenue d'un nouveau procès.

## II. Les faits

[62] Le 25 janvier 2005, l'appelant s'est présenté au volant d'une camionnette au poste frontalier d'Aldergrove, en Colombie-Britannique, à la frontière de l'État de Washington. Les agents des services frontaliers ont fouillé la camionnette et y ont découvert 50 kg de cocaïne dissimulée dans un compartiment situé sous le plancher.

[63] Au procès, l'appelant a expliqué que son neveu, Mike Grewal, et lui s'étaient rendus en voiture dans le Washington plus tôt le même jour. M. Grewal avait dû rentrer au Canada, mais l'appelant était resté dans le Washington où il avait rencontré un ancien camarade d'études britannico-colombien. Le dénommé Chris lui aurait dit avoir laissé sa camionnette dans le Washington le soir précédent parce qu'il était trop ivre pour la conduire jusque chez lui, puis être revenu en auto aux États-Unis pour la récupérer. Il aurait donc demandé à l'appelant de ramener celle-ci au Canada, mais sans l'informer de la présence de la drogue à bord. M. Grewal a corroboré le témoignage de l'appelant quant aux faits survenus avant son retour au Canada.

[64] The Crown called an RCMP officer, Sgt. Vincent Joseph Arsenault. Sgt. Arsenault was qualified, with the consent of defence counsel, as an expert on the importation of cocaine into the Lower Mainland of British Columbia by vehicle and on foot, and on the trafficking and possession of cocaine in that part of British Columbia, including distribution routes, chain of distribution, means of transportation, methods of concealment, packaging, values, cost and profit margins, usage patterns and rates of consumption.

[65] Sgt. Arsenault expressed the opinion that individuals who imported controlled substances would be part of a close-knit criminal organization and that they would negotiate a fee based on the volume of drugs being transported. He stated that he had participated in over 1,000 investigations into cocaine importing and that none of them had involved a “blind courier”.

[66] The appellant was convicted. His appeal was dismissed by the British Columbia Court of Appeal, with Newbury J.A. dissenting. He appeals to this Court as of right.

### III. Judgments

#### A. *Provincial Court*

[67] The only issue at trial was whether the appellant knew the cocaine was in the truck. Judge Dohm rejected the appellant’s evidence and held that it did not raise a reasonable doubt.

[68] The Crown’s case was circumstantial. After finding that the appellant was not credible, Judge Dohm turned to the Crown’s case, highlighting three key pieces of evidence: (i) the amount of cocaine involved, which suggested that a known and trusted courier would have been used; (ii) Sgt. Arsenault’s evidence that an individual trusted with large amounts of cocaine would be part of a closely knit organization, that his or her fee would be negotiated on the basis of the amount being transported, and that in over 1,000 cases, he had never encountered a

[64] Le ministère public a fait témoigner un agent de la GRC, le sergent Vincent Joseph Arsenault. L’avocat de la défense a reconnu son aptitude à témoigner à titre d’expert sur l’importation de cocaïne dans le Lower Mainland, en Colombie-Britannique, à bord de véhicules ou à pied, ainsi que sur le trafic et la possession de cocaïne dans cette région, notamment sur les voies d’acheminement, la chaîne de distribution, les moyens de transport, les méthodes de dissimulation, l’emballage, la valeur, le coût et les marges de profit, les habitudes d’utilisation et les niveaux de consommation.

[65] Le sergent Arsenault s’est dit d’avis que ceux qui importent des substances désignées font partie d’organisations criminelles soudées et négocient leur rémunération en fonction de la quantité transportée. Il a ajouté avoir participé à plus de 1 000 enquêtes sur l’importation de cocaïne et n’avoir jamais eu affaire à un [TRADUCTION] « passeur involontaire ».

[66] L’appelant a été reconnu coupable. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a rejeté son appel, sous réserve de la dissidence de la juge Newbury. Il se pourvoit de plein droit devant la Cour.

### III. Les décisions des juridictions inférieures

#### A. *Cour provinciale*

[67] La seule question en litige au procès était celle de savoir si l’appelant connaissait la présence de la cocaïne à bord de la camionnette. Le juge Dohm a rejeté le témoignage de l’appelant et conclu qu’il ne soulevait pas de doute raisonnable.

[68] La preuve du ministère public était circonstancielle. Après avoir conclu que l’appelant n’était pas crédible, le juge Dohm se penche sur la preuve du ministère public, dont il fait ressortir trois éléments déterminants : (i) la quantité de cocaïne en cause supposait le recours à un passeur connu et fiable; (ii) le témoignage du sergent Arsenault selon lequel ceux à qui l’on confie de grandes quantités de cocaïne font partie d’organisations soudées et négocient leur rémunération en fonction de la quantité transportée et voulant que, dans plus de

“blind courier”; and (iii) the appellant’s possession of an electronic key fob that he must have detached from the ignition key before handing the key to the customs officer, which suggested that he knew the fob controlled access to the hidden compartment and did not want the compartment to be discovered. The judge also found support for his conclusions in some other pieces of evidence, including the fact that the appellant’s cell phone rang at the time of his arrest, certain information written on an envelope and his nervous behaviour in the customs office (A.R., vol. I, at pp. 31-32). Judge Dohm accordingly found the accused guilty.

B. *Court of Appeal, 2012 BCCA 512, 331 B.C.A.C. 170*

[69] Lowry J.A., with Finch C.J.B.C. concurring, dismissed the appeal. Lowry J.A. noted that Sgt. Arsenault had many years’ experience in the investigation of drug trafficking and had participated in some 1,000 cocaine importing cases. He was qualified as an expert, and his status as such had not been challenged.

[70] On the admissibility of Sgt. Arsenault’s evidence and the weight it should be given, Lowry J.A. noted that defence counsel had not objected to it at trial. The evidence was necessary and relevant to the issue of *mens rea*, and the trial judge’s reliance on it was well reasoned and was not inconsistent with the purpose for which it had been adduced without objection.

[71] The appellant had also challenged Judge Dohm’s reliance on the evidence with respect to the key fob, arguing that the judge had placed too much weight on it and had engaged in speculative reasoning. Lowry J.A. found no error in the trial judge’s reliance on this evidence. The issue is not raised in this Court.

[72] Newbury J.A., dissenting, found that Sgt. Arsenault’s evidence should have been excluded. She noted that defence counsel had conceded that Sgt. Arsenault’s evidence met the criteria

1 000 dossiers, il n’ait jamais eu connaissance d’un cas de [TRADUCTION] « passeur involontaire »; (iii) la possession par l’appelant d’une télécommande d’accès dont il avait forcément détaché la clé de contact avant de la remettre à l’agent des services frontaliers, ce qui permettait de conclure qu’il savait que la télécommande donnait accès au compartiment secret et qu’il ne voulait pas que celui-ci soit découvert. Le juge du procès se fonde aussi sur d’autres éléments de preuve, dont le fait que le téléphone de l’appelant a sonné pendant sa détention, certaines notes manuscrites sur une enveloppe et la nervosité de l’accusé au bureau des services frontaliers (d.a., vol. I, p. 31-32). Le juge Dohm déclare donc l’accusé coupable.

B. *Cour d’appel, 2012 BCCA 512, 331 B.C.A.C. 170*

[69] Le juge Lowry rejette l’appel avec l’accord du juge en chef Finch. Il fait remarquer que le sergent Arsenault comptait de nombreuses années d’expérience dans les enquêtes sur le trafic de la drogue et qu’il avait participé à quelque 1 000 dossiers d’importation de cocaïne. Sa qualité d’expert avait été reconnue sans que la défense ne la conteste.

[70] Le juge Lowry signale aussi que l’avocat de la défense n’a pas contesté l’admissibilité de ce témoignage, ni son importance. Le témoignage était nécessaire et pertinent pour statuer sur la *mens rea*. La décision du juge du procès d’en tenir compte est bien motivée et n’est pas incompatible avec ce pour quoi il a été livré sans que d’ailleurs nul n’y fasse objection.

[71] L’appelant prétendait en outre que le juge Dohm avait eu tort de se fonder sur la preuve relative à la télécommande d’accès, qu’il avait accordé trop d’importance à l’objet et qu’il s’était livré à un raisonnement conjectural. Le juge Lowry ne relève aucune erreur dans la prise en compte de cet élément de preuve par le juge du procès. La question n’est pas soulevée devant nous.

[72] La juge Newbury, dissidente, estime que le témoignage du sergent Arsenault aurait dû être écarté. Elle fait remarquer que l’avocat de la défense a reconnu le respect des critères énoncés

laid down in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, but had also stated that such evidence can tend to become anecdotal and to stray into inference drawing. Newbury J.A. concluded that the officer's evidence that blind couriers are not used was objectionable and should have been excluded or, at least, not relied on by the trial judge in reaching his verdict. She stated that this was not "custom of the trade" evidence, but was purely anecdotal and not amenable to cross-examination in any meaningful sense (para. 26). Further, she noted that it "tended to short-circuit" the *mens rea* inquiry and essentially allowed the Crown to have its theory of the case come from the mouth of an expert witness (*ibid.*).

#### IV. Issues

##### A. *Legitimate Scope of a Police Officer's Expert Evidence on the Drug Trade*

[73] In argument before us, the appellant did not challenge the use of a police officer's expert evidence as such. A substantial body of case law supports the admission of evidence from experienced police officers on such subjects as the organization of the illegal drug trade, methods of transporting and selling drugs, methods for avoiding the detection of drugs, and drug jargon: *R. v. Joyal* (1990), 55 C.C.C. (3d) 233 (Que. C.A.); *R. v. Ballony-Reeder*, 2001 BCCA 293, 88 B.C.L.R. (3d) 237; *R. v. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115.

[74] Although the admissibility of expert evidence must be assessed by the trial judge on a case-by-case basis, I am satisfied that Judge Dohm made no error in principle in finding that the expert evidence of experienced drug investigators is capable of satisfying the criteria — relevance, necessity, absence of any exclusionary rule, and a properly qualified expert — identified in *Mohan*. The customs of the illegal drug trade will generally be relevant to the matters at issue in drug trials. Such customs are likely to be outside the knowledge of the trier of fact, so evidence about them will be necessary to assist him or her in assessing the other evidence that has been adduced. Moreover,

dans *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, mais elle ajoute que l'auteur d'un tel témoignage peut incliner à l'empirisme et à l'inférence. À son avis, le témoignage du policier sur le non-recours aux passeurs involontaires était contestable et aurait dû être écarté ou, du moins, ne pas être pris en compte par le juge du procès dans sa décision. Elle estime que ce témoignage n'établissait pas les procédés habituels des trafiquants, mais se révélait plutôt purement anecdotique et ne se prêtait pas à un véritable contre-interrogatoire (par. 26). De plus, le témoignage [TRADUCTION] « [avait] pu avoir pour effet de court-circuiter » l'examen de la *mens rea* et avait essentiellement permis au ministère public de faire formuler sa thèse par un témoin-expert (*ibid.*).

#### IV. Les questions en litige

##### A. *Portée légitime du témoignage d'expert d'un policier sur le trafic de la drogue*

[73] Lors de la plaidoirie devant la Cour, l'appellant n'a pas contesté le recours au témoignage d'un policier à titre d'expert comme tel. Une abondante jurisprudence appuie l'admission du témoignage d'un policier d'expérience sur des sujets comme les rouages du commerce illicite de la drogue, les méthodes employées pour le transport et la vente, les moyens utilisés pour échapper à la détection et le jargon du milieu (*R. c. Joyal* (1990), 55 C.C.C. (3d) 233 (C.A. Qué.); *R. c. Ballony-Reeder*, 2001 BCCA 293, 88 B.C.L.R. (3d) 237; *R. c. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115).

[74] Bien que le juge du procès doive se prononcer sur l'admissibilité de la preuve d'expert en fonction des faits propres à chaque affaire, je suis convaincu que le juge Dohm n'a commis aucune erreur de principe en concluant que le témoignage d'un enquêteur d'expérience dans le domaine des infractions liées à la drogue peut satisfaire aux critères énoncés dans *Mohan*, à savoir la pertinence, la nécessité, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante du témoin. La preuve des procédés habituels des trafiquants est généralement pertinente pour trancher les questions en litige dans une affaire de drogue. Puisqu'il ignore le plus souvent ces procédés, le juge des faits a besoin de



it is open to a trial judge to conclude that a police officer is qualified to give expert evidence on the basis of the officer's experience and training in the investigation of drug-related crimes.

[75] At the same time, this Court has repeatedly cautioned that expert evidence must not be allowed to usurp the role of the trier of fact. The trier of fact, whether a judge or a jury, is responsible for deciding the questions in issue at trial. Judges must be especially cautious where the testimony of police expert witnesses is concerned, as such evidence could amount to nothing more than the Crown's theory of the case cloaked with an aura of expertise. The courts have clearly recognized the risk that expert evidence could usurp the role of the trier of fact in the assessment of credibility, and even in the decision on the ultimate issue of guilt or innocence. I see no reason to believe that this danger is less real where the evidence is given by a state agent like a police officer rather than by a scientific expert.

[76] The *Mohan* requirement of necessity is the primary safeguard against the inappropriate proliferation of expert evidence. But even where the expert's evidence is broadly necessary, as in this case, it should be assessed with special scrutiny as it approaches the "ultimate issue": *Mohan*, at p. 24; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at para. 37. The decision to qualify an expert witness does not end the need for scrutiny of the expert's evidence. A properly qualified expert could stray into expressing inadmissible opinions about the guilt of an accused, and the trial judge must ensure that the expert's testimony stays within the proper boundaries of such evidence and maintain the integrity and independence of his or her own fact-finding function as regards the credibility of witnesses and the guilt or innocence of the accused.

témoignages à leur sujet pour apprécier les autres éléments de preuve offerts. En outre, le juge du procès peut conclure qu'un policier est dûment qualifié pour témoigner à titre d'expert au vu de son expérience et de sa formation en matière d'enquêtes sur les crimes liés à la drogue.

[75] Par ailleurs, la Cour a rappelé à maintes reprises qu'il ne faut pas laisser l'expert usurper la fonction du juge des faits, auquel il incombe toujours — qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury — de trancher les questions en litige au procès. Le juge doit se montrer particulièrement prudent à l'égard du policier qui témoigne à titre d'expert, car son témoignage pourrait ne représenter que la thèse du ministère public affublée d'une aura d'expertise. Les tribunaux reconnaissent clairement le risque que l'expert usurpe la fonction du juge des faits dans l'appréciation de la crédibilité, voire dans la décision relative à la question fondamentale de la culpabilité ou de l'innocence. Je ne vois aucune raison de croire que ce risque s'atténue lorsque le témoin en cause est un représentant de l'État (un policier, par exemple) plutôt qu'un expert scientifique.

[76] L'exigence de la nécessité établie dans l'arrêt *Mohan* constitue le principal rempart contre la prolifération indue des témoignages d'experts. Toutefois, même dans le cas où la preuve d'expert est globalement nécessaire, comme en l'espèce, elle doit être appréciée avec grande minutie lorsqu'elle a une incidence directe sur la « question fondamentale » (*Mohan*, p. 24; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 37). La reconnaissance de la qualification d'un expert ne dispense pas le tribunal de l'obligation d'examiner minutieusement son témoignage. Un expert dûment qualifié peut s'égarer et se prononcer de manière inadmissible sur la culpabilité de l'accusé. Le juge du procès doit veiller à ce que l'expert témoigne seulement sur ce qui est de son ressort, ainsi qu'à préserver l'intégrité et l'indépendance de sa propre fonction de détermination des faits à propos de la crédibilité des témoins, ainsi que de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé.

B. *Application of These Principles to Sgt. Arsenault's Evidence*

[77] Sgt. Arsenault was qualified as an expert, without being challenged, on the basis of his extensive experience and training, and most of his evidence was unobjectionable. He described the general background of cocaine importation schemes, including manufacturing sources and distribution chains, the primary importation routes, and points of entry into British Columbia from the United States. He noted that importers commonly use off-road, four-wheel-drive vehicles to transport cocaine over land and that the cocaine is usually packaged in one-kilogram bricks when brought into Canada. He also explained typical methods of concealment, including the use of sophisticated hidden compartments. He described common methods of payment for cocaine shipments, the reasons why drug couriers are used, and common practices in their recruitment. He talked about the instructions that would typically be given to a drug courier, including the development of cover stories, and stated that the courier's fee is typically negotiated with reference to the nature and size of the shipment. Sgt. Arsenault described the risks associated with cross-border transportation of cocaine, and in particular the risk of losing a shipment either because it is detected by the authorities or because it is stolen by a rival group. The appellant's trial counsel did not object to any of this evidence, and it was not challenged on appeal.

[78] At issue in this appeal is the following exchange between Crown counsel and Sgt. Arsenault (A.R., vol. III, at p. 144):

Q Officer, you described earlier that you've been involved in approximately 1,000 investigations involving the importation of cocaine over your 33-year career?

B. *Application de ces principes au témoignage du sergent Arsenault*

[77] Devant l'étendue de l'expérience et de la formation du sergent Arsenault, sa qualité d'expert a été reconnue sans qu'on ne s'y oppose, et l'essentiel de son témoignage était clairement admissible. Il a décrit le contexte général des stratagèmes d'importation de cocaïne, dont les sources d'approvisionnement et la filière de distribution, de même que les principales voies d'importation et les points d'entrée en Colombie-Britannique à partir des États-Unis. Il a indiqué que les importateurs utilisaient couramment des véhicules tout-terrain à quatre roues motrices pour le transport par voie terrestre et que la cocaïne destinée au Canada revêtait habituellement la forme de briques d'un kilogramme chacune. Il a en outre expliqué les méthodes courantes de dissimulation de la cocaïne, notamment l'utilisation de cachettes sophistiquées. Il a fait état des principaux modes de paiement des chargements de cocaïne, précisé les motifs pour lesquels on avait recours à des passeurs et fait état des modes habituels de recrutement. Son témoignage a également porté sur les instructions habituellement données aux passeurs, y compris la mise au point de prétextes, et sur le fait que leur rémunération est généralement fixée en fonction de la nature de la drogue et de sa quantité. Le sergent Arsenault a mentionné les risques liés au transport transfrontalier de la cocaïne, en particulier celui de la perte par suite d'une détection par les autorités et celui du vol par un groupe rival. L'avocat de l'appelant n'a pas fait objection à quelque partie de ce témoignage, qui n'a d'ailleurs pas été contesté en appel.

[78] La question en litige dans le pourvoi s'origine de l'échange suivant entre la procureure du ministère public et le sergent Arsenault (d.a., vol. III, p. 144) :

[TRADUCTION]

Q Sergent, vous avez dit plus tôt avoir participé à environ 1 000 enquêtes relatives à l'importation de cocaïne au cours de vos 33 ans de service?

A That is correct, Your Honour, yes.

Q In approximately how many of those investigations were you able to determine that the person importing the cocaine did not know about the commodity that they were importing?

A I have never encountered it, personally.

Q Have you ever heard of a -- the use of a blind courier or a courier who doesn't know about the commodity that he is driving?

A I -- I've certainly heard that argument being raised on -- on occasion, primarily in court, not during my investigations.

[79] In my view, Sgt. Arsenault's evidence that he had never, in over 1,000 investigations, personally encountered a blind courier and that he had never heard of one outside of a courtroom strayed from what would be admissible expert evidence. This testimony was equivalent to a statement that individuals in the appellant's position always know about the drugs. It is a short step from such evidence to an inference that the appellant must have known about the cocaine. Sgt. Arsenault's evidence effectively amounted to an opinion that the accused possessed the requisite *mens rea* for the offence with which he was charged, which was the ultimate issue in this trial. Whether it was admissible therefore requires special scrutiny.

[80] Applying the *Mohan* criteria, I conclude that this line of questioning should not have been permitted. The evidence was not necessary, as it was open to the trier of fact to draw the necessary inference concerning what the appellant knew or did not know. Nor was it relevant. Sgt. Arsenault's opinion invited the trier of fact to find that the appellant knew about the cocaine on the basis that all people driving vehicles containing hidden drugs know about the drugs. This appeared relevant only because it depended on an improper inference. Sgt. Arsenault's opinion that other individuals he has encountered in his investigations knew they

R C'est exact, Monsieur le juge, oui.

Q Dans combien de ces enquêtes, approximativement, avez-vous été en mesure de déterminer que l'importateur de la cocaïne ne savait rien de la marchandise importée?

R Je n'ai personnellement jamais eu connaissance d'un tel cas.

Q Avez-vous déjà entendu parler d'un -- du recours à un passeur involontaire ou à un passeur qui ne savait pas ce qu'il transportait?

R Je -- J'ai certainement entendu une prétention en ce sens -- à l'occasion, surtout au tribunal, mais non lors de mes enquêtes.

[79] Selon moi, le témoignage du sergent Arsenault voulant que, au cours de plus de 1 000 enquêtes, il n'ait jamais eu affaire à un passeur involontaire et n'ait jamais entendu parler d'un tel cas, sauf au tribunal, a dépassé les limites du témoignage d'expert admissible. Les propos tenus revenaient à dire que, dans la situation de l'appelant, une personne savait toujours qu'elle transportait de la drogue. Il ne restait qu'un petit pas à franchir pour en conclure que l'appelant avait dû lui aussi être au courant de la présence de la cocaïne. Le sergent Arsenault a effectivement exprimé l'opinion que l'accusé avait la *mens rea* requise pour les infractions dont il était accusé, et il s'est donc prononcé sur la question fondamentale qui devait être tranchée. C'est pourquoi la question de l'admissibilité de son témoignage doit faire l'objet d'un examen particulièrement minutieux.

[80] Compte tenu des critères de l'arrêt *Mohan*, je conclus que les questions susmentionnées n'auraient pas dû être permises lors de l'interrogatoire. En effet, le témoignage n'était pas nécessaire, car le juge des faits pouvait tirer l'inférence voulue quant à ce que l'appelant savait ou non. Il n'était pas non plus pertinent. Suivant l'opinion du sergent Arsenault, le juge des faits devait conclure que l'appelant savait ce qu'il transportait parce que tout conducteur d'un véhicule à bord duquel est dissimulée de la drogue sait qu'il transporte de la drogue. Si son opinion a semblé pertinente, c'est uniquement grâce à une inférence

were transporting illegal drugs does not logically establish that this accused possessed the *mens rea* for the offences with which he was charged. In addition to usurping the court's role in resolving the issue of guilt or innocence, the opinion depended on an unacceptable and unfair inference.

*C. Should the Curative Proviso Be Applied?*

[81] Sgt. Arsenault's evidence concerning his lack of personal experience with blind couriers should not have been admitted. Regardless of the fact that counsel did not object to the questions, the trial judge erred in law in admitting this evidence. He compounded this error by expressly relying on it in convicting the appellant. He wrote this in his reasons:

Sgt. Arsenault also testified that in the thousand or more cocaine-importing investigations he has been involved in he has never encountered a blind courier, that being a person who does not know the nature or existence of the commodity being moved from one location to another. [A.R., vol. I, at pp. 30-31]

[82] All that remains is to determine whether the error occasioned a substantial wrong or miscarriage of justice, or whether s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, known as the curative proviso, should be applied to affirm the appellant's convictions:

**686.** (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

inadmissible. Que, lors de ses enquêtes, le sergent Arsenault ait eu affaire à des personnes qui savaient qu'elles transportaient des drogues illégales n'établit pas logiquement que, en l'espèce, l'accusé avait la *mens rea* requise pour les infractions dont il était accusé. En plus d'usurper la fonction du tribunal qui consiste à déterminer la culpabilité ou l'innocence, l'expert a formulé une opinion fondée sur une conclusion à la fois inadmissible et injuste.

*C. Y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice?*

[81] Le témoignage du sergent Arsenault selon lequel ses enquêtes n'avaient jamais révélé l'existence de passeurs involontaires n'aurait pas dû être admis. Même si l'avocat de la défense ne s'est pas opposé aux questions, le juge du procès a commis une erreur de droit en admettant l'élément de preuve et il a ajouté à cette erreur en se fondant expressément sur le témoignage pour déclarer l'appellant coupable. Voici un extrait de ses motifs :

[TRADUCTION] Le sergent Arsenault a ajouté que dans les mille enquêtes ou plus qu'il avait menées dans des affaires d'importation de cocaïne, il n'avait jamais eu affaire à un passeur involontaire, c'est-à-dire à une personne qui ignorait la nature ou la présence de la marchandise transportée d'un endroit à un autre. [d.a., vol. I, p. 30-31]

[82] Il ne reste plus qu'à déterminer si cette erreur a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave, ou s'il y a lieu d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* — la disposition réparatrice — pour confirmer les déclarations de culpabilité de l'appellant :

**686.** (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

. . .

b) peut rejeter l'appel, dans un ou l'autre des cas suivants :

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred, . . .

[83] I respectfully disagree with my colleague's position. This is not an appropriate case for application of the proviso.

[84] The proviso applies in two situations. The first is where the error is so minor or harmless that it could not have had a serious impact on the verdict. The second is where, although a serious error has been made, the evidence is nevertheless so overwhelming that no other verdict would have been possible (*R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505, at para. 25; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at para. 34).

[85] In the instant case, the Crown rightly concedes that the error was not a harmless or minor one that would have no impact on the verdict. The admission of improper evidence in this case cannot be considered "an error that is harmless on its face or in its effect" (*Van*, at para. 35). Sgt. Arsenault's evidence was a key piece of the Crown's case, and his statement that he had never encountered a blind courier was specifically relied on by the trial judge in convicting the appellant (A.R., vol. I, at pp. 30-31). The evidence of experts, like that of all witnesses, often contains comments or observations that are inconsistent with the rules of evidence. In this case, however, the impugned observations were not unprompted or unanticipated. Crown counsel clearly directed Sgt. Arsenault's evidence toward this prejudicial and inadmissible topic. This could not have helped but increase its impact, as the trial judge's reasons show.

[86] If the curative proviso is to be applied, therefore, it can only be on the basis that "the case against the accused was so overwhelming that a reasonable and properly instructed jury would inevitably have convicted" (*Van*, at para. 36; see also

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit, . . .

[83] Soit dit en tout respect, je ne partage pas l'avis de mon collègue. Selon moi, il ne convient pas d'appliquer la disposition réparatrice en l'espèce.

[84] Cette disposition s'applique dans deux situations. Premièrement, lorsqu'une erreur est si négligeable ou inoffensive qu'elle n'a pu avoir une incidence importante sur l'issue du procès. Deuxièmement, lorsque, malgré une erreur grave, la preuve demeure si accablante qu'aucune autre issue n'aurait été possible (*R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505, par. 25; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34).

[85] Le ministère public concède à bon droit que l'erreur n'est ni inoffensive, ni négligeable et qu'elle n'a pas été sans incidence sur la décision. L'admission d'une preuve irrégulière dans la présente affaire ne saurait être considérée comme « une erreur inoffensive à première vue ou sans incidence » (*Van*, par. 35). Le témoignage du sergent Arsenault constitue une pièce maîtresse de la preuve du ministère public et c'est sur le fait que le policier n'a jamais eu affaire à un passeur involontaire que le juge du procès s'appuie pour déclarer l'appelant coupable (d.a., vol. I, p. 30-31). Le témoignage d'un expert, comme celui de toute personne, est souvent parsemé d'éléments qui dérogent aux règles de preuve. En l'espèce, toutefois, les éléments contestés n'étaient ni spontanés, ni imprévus. La procureure du ministère public a clairement amené le sergent Arsenault à témoigner sur ce point préjudiciable et inadmissible, ce qui ne pouvait qu'en accroître l'incidence, comme il appert des motifs du juge du procès.

[86] La disposition réparatrice ne peut donc s'appliquer que si « la preuve contre l'accusé est à ce point accablante qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées conclurait forcément à la culpabilité » (*Van*, par. 36; voir aussi

P. Béliveau and M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (20th ed. 2013), at pp. 1294-95; *Sarrazin*, at para. 25). Where this criterion is met, denying the accused the benefit of a retrial will be justified, because there is no realistic possibility of any result other than conviction. The standard of this branch of the test is a high one, as Deschamps J. explained in *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 82:

This standard should not be equated with the ordinary standard in a criminal trial of proof beyond a reasonable doubt. The application of the proviso to serious errors reflects a higher standard appropriate to appellate review. The standard applied by an appellate court, namely that the evidence against an accused is so overwhelming that conviction is inevitable or would invariably result, is a substantially higher one than the requirement that the Crown prove its case “beyond a reasonable doubt” at trial. This higher standard reflects the fact that it is difficult for an appellate court, in particular when considering a jury trial, since no detailed findings of fact will have been made, to consider retroactively the effect that, for example, excluding certain evidence could reasonably have had on the outcome.

[87] The Court has constantly refused to lower this standard, even upon being invited to do so, as it was in *Sarrazin*. In that case, it strongly reaffirmed the need to safeguard the integrity of the criminal justice system (paras. 25-26). The language of the curative proviso reflects Parliament’s concern to prevent the risk of a substantial wrong or miscarriage of justice. The high standard the Court has set reflects this purpose.

[88] The error in *Trochym* occurred in the context of a jury trial, but even in a case involving a trial by judge alone, an appellate court must acknowledge that it is difficult to speculate on what effect exclusion of the evidence might have had on the judge’s findings of fact. This is especially true in cases such as the one at bar in which the evidence is circumstantial.

P. Béliveau et M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (20<sup>e</sup> éd. 2013), p. 1294-1295; *Sarrazin*, par. 25). Lorsque cette condition est remplie, il est justifié de refuser un nouveau procès à l’accusé, faute d’une possibilité réaliste d’arriver à un autre résultat. Ce volet du test établit une norme élevée, comme l’explique la juge Deschamps dans l’arrêt *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 82 :

Cette norme ne doit pas être assimilée à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable qui s’applique ordinairement dans un procès criminel. L’application de la disposition réparatrice aux erreurs graves répond à une norme plus rigoureuse, appropriée à une procédure d’appel. La norme que la juridiction d’appel doit utiliser, savoir déterminer si la preuve contre un accusé est à ce point accablante qu’une déclaration de culpabilité est inévitable ou serait forcément prononcée, est beaucoup plus élevée que celle voulant que le ministère public prouve ses allégations « hors de tout doute raisonnable » lors du procès. Cette norme plus élevée tient compte du fait qu’il est difficile pour une juridiction d’appel, surtout dans le cas d’un procès avec jury où elle ne dispose pas de conclusions détaillées sur les faits, de déterminer rétroactivement quel effet, par exemple, l’exclusion de certains éléments de preuve aurait raisonnablement pu avoir sur l’issue du procès.

[87] La Cour a toujours refusé d’assouplir cette norme, même lorsqu’on l’y a invitée, comme dans l’affaire *Sarrazin*, où elle a fermement confirmé la nécessité de préserver l’intégrité du système de justice (par. 25-26). Le texte de la disposition réparatrice traduit le souci du législateur de prévenir le risque de tort important ou d’erreur judiciaire grave, d’où la norme élevée établie par notre Cour.

[88] Dans *Trochym*, l’erreur en cause avait été commise lors d’un procès devant jury, mais la juridiction d’appel doit reconnaître qu’il est difficile, même dans le cas d’un procès devant juge seul, de conjecturer l’effet que l’exclusion de la preuve aurait pu avoir sur les conclusions de fait tirées en première instance. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l’espèce, la preuve est de nature circonstancielle.

[89] I cannot say with certainty that the result in this case would have been the same without Sgt. Arsenault's evidence. Judge Dohm rejected the appellant's evidence in its entirety and found that it did not raise a reasonable doubt. His reasons accordingly focused on whether the Crown's evidence was sufficient to prove the appellant's guilt beyond a reasonable doubt. This Court must do the same, applying the higher standard of an inevitable verdict.

[90] The trial judge in this case gave well-articulated reasons. They underline the importance he attributed to Sgt. Arsenault's testimony. He referred to three "very significant pieces of evidence" in his decision to convict the appellant (A.R., vol. I, at p. 30). The first of these was the amount of cocaine involved. He found it unlikely that the owners of the cocaine would have taken the risk of using a blind courier to transport it into Canada. The second was Sgt. Arsenault's evidence, and in particular his testimony that he had never encountered a blind courier in over 1,000 investigations involving cocaine importing (pp. 30-31). The third key piece of evidence in the Crown's case related to the appellant's possession of the key fob.

[91] I have already concluded that the trial judge erred in making use of the second of these pieces of evidence. As to the first one, although the value of the cocaine might support an inference that the drugs would not have been entrusted to a stranger, that is not the only conclusion that could be drawn from it.

[92] Turning to the third piece of evidence, when the appellant was detained, he was in possession of the key fob. This fob was identified at trial as a remote control for a "Clifford" alarm system installed on the truck. According to the evidence of Det. Shawn Robson, it could be used to lock and unlock the vehicle's doors, and to arm and disarm the alarm system (A.R., vol. III, at p. 122). If the buttons on the fob were pressed in a specific sequence, the compartment between the bed and the

[89] Je ne peux affirmer avec certitude que l'issue du procès aurait été la même sans le témoignage contesté du sergent Arsenault. Le juge Dohm a rejeté le témoignage de l'appelant en entier et conclu qu'il ne soulevait pas de doute raisonnable. Il s'est donc attaché à déterminer si la preuve du ministère public était suffisante pour établir la culpabilité de l'appelant hors de tout doute raisonnable. La Cour doit faire de même au regard de la norme stricte de l'issue inévitable.

[90] Or, en l'espèce, la décision du juge du procès est bien étayée, et ses motifs font ressortir l'importance qu'il accorde au témoignage du sergent Arsenault. Dans sa décision de déclarer l'appelant coupable, il fait état de trois [TRADUCTION] « éléments de preuve très importants » (d.a., vol. I, p. 30). Le premier correspond à la quantité de cocaïne en cause. Le juge estime peu vraisemblable que les propriétaires de la substance aient couru le risque de s'en remettre à un passeur involontaire pour l'acheminer au Canada. Le deuxième réside dans le témoignage du sergent Arsenault et, en particulier, son affirmation voulant que, dans plus de 1 000 dossiers d'importation de cocaïne, il n'ait jamais eu affaire à un passeur involontaire (p. 30-31). Le troisième a trait à la possession par l'appelant de la télécommande d'accès.

[91] J'ai déjà conclu que le juge du procès a eu tort de se fonder sur le deuxième de ces éléments de preuve. Quant au premier, même si la valeur de la cocaïne pourrait permettre d'inférer que la substance n'aurait pas été confiée à un inconnu, cette conclusion n'est pas la seule qui puisse en être tirée.

[92] En ce qui concerne le troisième élément de preuve, lors de la détention de l'appelant, on a découvert sur lui une télécommande d'accès dont on a déterminé au procès qu'elle activait un système d'alarme « Clifford ». Selon le témoignage de l'enquêteur Shawn Robson, le dispositif permettait de verrouiller et de déverrouiller les portières du véhicule, ainsi que d'armer et de désarmer le système d'alarme (d.a., vol. III, p. 122). Le compartiment situé entre le plancher de la camionnette et

frame of the truck in which the cocaine was found would open.

[93] When the appellant was initially detained, he handed the ignition key over to the customs officers. He produced the fob only when subsequently asked to empty his pockets. At that time, he immediately admitted that it was for the truck. The trial judge found that the fob and the ignition key “obviously go together” and that they had been attached by a chain until the appellant detached them when he turned off the ignition in the secondary inspection area (A.R., vol. I, at p. 31). He concluded that the appellant detached the key from the fob at that time in an attempt to hide the fob or conceal its connection with the truck, because he knew the fob opened the compartment.

[94] In the Court of Appeal, the appellant challenged the trial judge’s use of the evidence about the fob, arguing that the judge had placed too much weight on it and had engaged in speculative reasoning with respect to it. The Court of Appeal dismissed this argument, and the point was not raised in this Court. Moldaver J. finds that this inference was open to the trial judge and that it was essentially conclusive of guilt (para. 55).

[95] In my view, however, the issue in applying the curative proviso is not whether the trial judge could make the inference he did or whether that inference was determinative of guilt, but whether it was the only rational conclusion. I agree that the trial judge did not err in using this evidence as he did, but this was not the only conclusion supported by the evidence with respect to the fob. The appellant testified that the key and the fob had been attached when he received them from Chris, and the trial judge found that he had detached the key from the fob moments before handing the key over to the secondary inspection officer. But it does not inevitably follow that the judge’s finding of guilt depended primarily on these additional inferences as to when and how the fob came to be detached

son châssis et dans lequel on avait trouvé la cocaïne s’ouvrait lorsqu’on appuyait sur les boutons de la télécommande dans un ordre précis.

[93] Lors de sa détention initiale, l’appelant a remis la clé de contact aux agents des services frontaliers. Toutefois, il n’a remis la télécommande que lorsqu’on lui a demandé par la suite de vider ses poches. Il a alors reconnu qu’elle donnait accès à la camionnette. Le juge du procès conclut que la télécommande et la clé de contact [TRADUCTION] « vont manifestement de pair » et qu’elles étaient reliées l’une à l’autre par une chaîne avant que l’appelant ne les sépare une fois le moteur du véhicule éteint dans l’aire d’inspection secondaire (d.a., vol. I, p. 31). Le juge arrive aussi à la conclusion que l’appelant a alors séparé la télécommande de la clé afin de la cacher ou de dissimuler son lien avec la camionnette, car il savait qu’elle donnait accès au compartiment.

[94] En Cour d’appel, l’appelant a contesté l’utilisation de la preuve liée à la télécommande. Il a soutenu que le juge du procès avait accordé trop d’importance à celle-ci et qu’il s’était livré à un raisonnement conjectural à son sujet. La Cour d’appel a rejeté sa prétention, qui n’a pas été reprise devant la Cour. Selon le juge Moldaver, le juge du procès pouvait tirer une telle inférence et elle était essentiellement concluante quant à la culpabilité (par. 55).

[95] J’estime toutefois que, lorsqu’il s’agit d’appliquer ou non la disposition réparatrice, la question qui se pose n’est pas celle de savoir si le juge du procès pouvait tirer l’inférence ou si elle était déterminante quant à la culpabilité, mais bien si c’était la seule rationnelle. Je conviens que le juge n’a pas eu tort d’utiliser cet élément de preuve comme il l’a fait, mais que d’autres conclusions pouvaient être tirées de la preuve relative à la télécommande. L’appelant a témoigné que la clé et la télécommande étaient jointes l’une à l’autre lorsque Chris les lui avait remises, et le juge conclut qu’il les a séparées peu de temps avant de remettre la clé à l’agent d’inspection secondaire. Il ne s’ensuit pas nécessairement que les déclarations de culpabilité reposent essentiellement sur ces inférences



from the key. There was no evidence on these points, and the trial judge could just as well have drawn no inference from the fact that the appellant had not produced the fob immediately. Moreover, it is simply not possible for an appellate court to say that the judge's assessment of this evidence was not affected by his reliance on the inadmissible evidence that blind couriers are never used. I cannot accept that the conclusion drawn by the trial judge was inevitable or that this evidence was therefore determinative of the appellant's guilt.

[96] There was of course other evidence capable of supporting a verdict of guilt, including a chewed-up piece of paper, the envelope mentioned above and the appellant's ringing cell phone. As with the key fob, although the trial judge was entitled to draw the inferences he did from each of these pieces of evidence, each such inference undeniably involved some speculation. There was no evidence concerning the identity of the person who called the appellant's cell phone, nor was there evidence with respect to the meaning of the information written on the envelope. Again, this evidence was capable of supporting a finding of guilt beyond a reasonable doubt, but in my view it would not inevitably lead to such a finding.

[97] At the same time, there was also evidence favourable to the accused. For instance, he was not the registered owner of the truck and there was no evidence that he had ever previously been in possession of the truck. Furthermore, Sgt. Arsenault testified that drug couriers typically do not have criminal records, but the appellant did in fact have a prior conviction for dangerous driving.

[98] I agree that ordering a new trial places demands on judicial resources, but, with respect, this cannot override the appellant's right to a fair trial based solely on admissible evidence. The trial judge relied expressly on inadmissible evidence, and I

supplémentaires quant au moment où il y a eu séparation et à la manière dont elle est survenue. Il n'y avait pas de preuve à cet égard. Le juge du procès aurait pu aussi bien ne tirer aucune inférence du fait que l'appelant n'avait pas remis la télécommande à la première occasion. Qui plus est, il est simplement impossible de déterminer en appel que son appréciation de cet élément de preuve n'a pas été influencée par le témoignage inadmissible, mais auquel il a ajouté foi, selon lequel les trafiquants n'avaient jamais recours à des passeurs involontaires. Je ne puis admettre que la conclusion du juge du procès était inévitable ou que l'élément de preuve était donc déterminant quant à la culpabilité de l'appelant.

[96] Bien sûr, d'autres éléments de preuve pouvaient étayer des déclarations de culpabilité, dont le bout de papier mâché par l'appelant, l'enveloppe susmentionnée et le fait que le téléphone de l'appelant a sonné pendant sa détention. S'agissant de la télécommande d'accès, le juge pouvait certes tirer les inférences qu'il a tirées de chacun de ces éléments de preuve, mais toutes revêtent indéniablement un caractère conjectural. Il n'y avait pas de preuve de l'identité de la personne qui avait tenté de joindre l'appelant au téléphone, ni de la signification des indications manuscrites sur l'enveloppe. L'élément de preuve en cause pouvait permettre de conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable, mais à mon avis, cette issue n'était pas inévitable.

[97] Par ailleurs, des éléments de preuve militaient également en faveur de l'innocence de l'appelant. Par exemple, ce dernier n'était pas le propriétaire immatriculé du véhicule, et rien ne prouvait qu'il ait jamais été en possession du véhicule auparavant. En outre, le sergent Arsenault a déclaré que, habituellement, les passeurs de drogue n'avaient pas de casier judiciaire, alors que l'appelant avait déjà été déclaré coupable de conduite dangereuse.

[98] Je conviens que la tenue d'un nouveau procès mobiliserait des ressources judiciaires mais, en toute déférence, cette considération ne saurait primer le droit de l'appelant à un procès équitable fondé sur la seule preuve admissible. Le juge

cannot untangle his other inferences unfavourable to the appellant from his acceptance of that evidence, as he attached great importance to it. As we have seen, this was a serious error. If this Court excludes evidence described by the trial judge as one of the foundations of his conclusion that the appellant was guilty, it cannot then hold that the evidence against the appellant was nonetheless overwhelming without engaging in pure speculation. Such a conclusion would contradict what the trial judge himself wrote and would rest on an improper reweighing of the remaining evidence. With respect, the curative proviso does not permit this Court to deny a retrial in such circumstances.

#### V. Conclusion

[99] For these reasons, I cannot agree that no substantial injustice would result from affirming the convictions. I would accordingly allow the appeal and order a new trial.

*Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. and LEBEL J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Peck and Company, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.*

s'est expressément appuyé sur un élément de preuve inadmissible, et je ne puis en dissocier les autres inférences défavorables à l'appelant, car il y accorde une grande importance. Il s'agit, je le répète, d'une erreur grave. Si notre Cour écarte une preuve qui, selon le juge du procès, constitue l'une des assises des déclarations de culpabilité, elle ne saurait conclure que la preuve défavorable à l'appelant demeure accablante sans se livrer à de pures conjectures. Pareille conclusion contredirait les motifs du juge du procès eux-mêmes et reposerait sur une appréciation nouvelle et, partant, irrégulière des autres éléments de preuve. Soit dit en tout respect, la disposition réparatrice ne permet pas à la Cour de refuser un nouveau procès dans ces circonstances.

#### V. Conclusion

[99] Pour ces motifs, je ne puis convenir que la confirmation des déclarations de culpabilité ne causerait pas d'injustice fondamentale. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

*Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN et le juge LEBEL sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Peck and Company, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Vancouver.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scs-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scs-csc.ca



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 2014 Vol. 1**

**2<sup>e</sup> cahier, 2014 Vol. 1**

Cited as [2014] 1 S.C.R. 309-573

Renvoi [2014] 1 R.C.S. 309-573

---

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  
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

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

AMÉLIE LAVICTOIRE  
KAREN LEVASSEUR  
JOANNE NORMAN  
LORRAINE PILETTE  
RÉMI SAMSON

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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes  
DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH  
JULIE BOULANGER  
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU  
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques  
SUZANNE AUDET  
MONIQUE DELORME  
NANCY MCCAUGHAN

PAULINE MCTAVISH  
ANNE-MARIE NOËL

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

Administrative Assistants / Adjoins administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ  
MANON PLOUFFE

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

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

## CONTENTS

### **Canada (Attorney General) v. Whaling ..... 392**

Constitutional law — Charter of Rights — Double jeopardy — Repeal of early parole provisions applying retrospectively to offenders already sentenced — Whether retrospective application constitutes “punish[ment] . . . again” thereby infringing s. 11(h) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in free and democratic society under s. 1 of Charter — Abolition of Early Parole Act, S.C. 2011, c. 11, s. 10(1).

### **Martin v. Alberta (Workers’ Compensation Board) ..... 546**

Workers’ compensation — Entitlement to compensation — Worker claiming compensation due to chronic onset stress — Provincial policy imposing criteria for eligibility for compensation on chronic onset stress claims — Whether provincial policy applies in determining eligibility under Government Employees Compensation Act — Whether provincial policy conflicts with Government Employees Compensation Act — Whether denial of claim was reasonable — Government Employees Compensation Act, R.S.C. 1985, c. G-5, ss. 2, 4 — Workers’ Compensation Act, R.S.A. 2000, c. W-15, s. 1 — Workers’ Compensation Board of Directors’ Policy 03-01, Part II, Application 6.

### **Mission Institution v. Khela ..... 502**

Courts — Jurisdiction — Habeas corpus — Transfer of federal inmate from medium security institution to maximum security institution on emergency and involuntary basis — Scope of provincial superior court’s review power on application for habeas corpus with certiorari in aid in respect of detention in federal penitentiary — Whether on application for habeas corpus a provincial superior court is entitled to examine reasonableness of administrative decision to transfer offender to higher security institution or whether reasonableness of decision must be determined in Federal Court on judicial review.

Administrative law — Prisons — Procedural fairness — Duty to disclose — Scope of duty to disclose — Transfer of federal inmate from medium security institution to maximum security institution on emergency and involuntary basis — Whether transfer decision meeting statutory requirements related to duty of procedural fairness — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 27 to 29 — Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, ss. 5, 13.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Canada (Procureur général) c. Whaling ..... 392**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Double péril — Abrogation de dispositions sur la libération conditionnelle anticipée qui s’applique rétrospectivement aux délinquants déjà condamnés et punis — L’application rétrospective a-t-elle pour effet de « puni[r] de nouveau » le délinquant en contravention à l’art. 11h) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, cette violation constitue-t-elle une restriction établie par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique conformément à l’article premier de la Charte? — Loi sur l’abolition de la libération anticipée des criminels, L.C. 2011, ch. 11, art. 10(1).

### **Établissement de Mission c. Khela ..... 502**

Tribunaux — Compétence — Habeas corpus — Transfèrement d’urgence non sollicité d’un détenu sous responsabilité fédérale d’un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité maximale — Portée du pouvoir de révision d’une cour supérieure provinciale dans le cadre d’une demande d’habeas corpus avec certiorari auxiliaire relativement à la détention dans un pénitencier fédéral — Dans le cadre d’une demande d’habeas corpus, une cour supérieure provinciale peut-elle se prononcer sur le caractère raisonnable d’une décision administrative de transférer un détenu à un établissement à sécurité plus élevée, ou cette tâche revient-elle à la Cour fédérale dans le cadre d’un contrôle judiciaire?

Droit administratif — Droit carcéral — Équité procédurale — Obligation de communication — Portée de l’obligation de communication — Transfèrement d’urgence non sollicité d’un détenu sous responsabilité fédérale d’un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité maximale — La décision relative au transfèrement satisfait-elle aux exigences législatives en matière d’équité procédurale? — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 27 à 29 — Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 5, 13.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

<b>R. v. Babos</b> .....	<b>309</b>
Criminal law — Stay of proceedings — Abuse of process — Accused charged with offences related to firearms and importation, production and trafficking of methamphetamine — Accused alleging Crown misconduct in obtaining medical records, police collusion to mislead court, and Crown threats pressuring accused to plead guilty — Trial judge staying proceedings — Whether stay of proceedings necessary to protect integrity of justice system.	
<b>R. v. Hogg</b> .....	<b>344</b>
Criminal law — Evidence — Assessment — Burden of proof — Evidence at trial consisting almost exclusively of diametrically opposed testimony of accused and complainant — Trial judge finding accused not credible and rejecting all his evidence — Accused convicted — Majority of Court of Appeal erred in holding that conviction based on faulty application of burden of proof — Conviction restored.	
<b>R. v. Hutchinson</b> .....	<b>346</b>
Criminal law — Offences — Sexual assault — Consent — Complainant consenting to sexual activity with male partner unaware that he had sabotaged condom — Whether evidence establishing that there was no voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question or whether complainant's apparent consent was vitiated by fraud — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 273.1(1).	
<b>R. v. Leinen</b> .....	<b>500</b>
Criminal law — Trial — Charge to jury — Accused convicted of second degree murder and aggravated assault for killing one person and injuring another after driving truck into crowd — Accused invoking involuntary panic response or lack of intent to kill or injure anyone and alleging that trial judge misdirected jury — Court of Appeal ordering new trial on ground that trial judge failed to instruct properly on legal significance of panic attack defence — Charge to jury, read as a whole, containing no reversible error in relation to voluntariness or intent.	
<b>R. v. Vokurka</b> .....	<b>498</b>
Criminal law — Reasonable verdict — Defences — Accident — Trial judge did not err in concluding that accused intentionally inflicted victim's injuries — Inferences made in support of trial judge's verdict reasonably supported by evidence — Basis for excluding	

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

<b>Martin c. Alberta (Workers' Compensation Board)</b> .....	<b>546</b>
Accidents du travail — Droit à une indemnité — Demande d'indemnisation pour stress chronique présentée par un travailleur — Critères d'admissibilité à l'indemnité en cas de stress chronique imposés par la politique provinciale — La politique provinciale s'applique-t-elle à la détermination de l'admissibilité à l'indemnité prévue à la Loi sur l'indemnisation des agents de l'État? — Y a-t-il un conflit entre la politique provinciale et la Loi sur l'indemnisation des agents de l'État? — Le rejet de la demande était-il raisonnable? — Loi sur l'indemnisation des agents de l'État, L.R.C. 1985, ch. G-5, art. 2, 4 — Workers' Compensation Act, R.S.A. 2000, ch. W-15, art. 1 — Workers' Compensation Board of Directors' Policy 03-01, Part II, Application 6.	
<b>R. c. Babos</b> .....	<b>309</b>
Droit criminel — Arrêt des procédures — Abus de procédure — Accusés inculpés d'infractions relatives aux armes à feu et à l'importation, à la production et au trafic de méthamphétamine — Accusés allèguent des comportements répréhensibles du ministère public en ce qui a trait à l'obtention d'un dossier médical, à de la collusion entre policiers pour induire le tribunal en erreur et à des menaces proférées par la substitut du procureur général pour inciter les accusés à plaider coupable — Arrêt des procédures ordonné par le juge du procès — L'arrêt des procédures était-il nécessaire pour protéger l'intégrité du système judiciaire?	
<b>R. c. Hogg</b> .....	<b>344</b>
Droit criminel — Preuve — Appréciation — Fardeau de preuve — Preuve produite au procès constituée presque exclusivement des témoignages diamétralement opposés de l'accusé et de la plaignante — Accusé jugé non crédible par le juge du procès qui a rejeté l'ensemble de son témoignage — Accusé déclaré coupable — Erreur commise par les juges majoritaires de la Cour d'appel lorsqu'ils ont conclu que la déclaration de culpabilité avait été fondée sur une application erronée des règles relatives au fardeau de preuve — Déclaration de culpabilité rétablie.	
<b>R. c. Hutchinson</b> .....	<b>346</b>
Droit criminel — Infractions — Agression sexuelle — Consentement — Consentement de la plaignante à une activité sexuelle avec un partenaire masculin sans savoir qu'il avait saboté le condom — La preuve établit-elle	

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

possibility of accident adequately explained by trial judge.

### **R. v. Waite ..... 341**

Criminal law — Charge to jury — Appellant and co-accused tried and convicted together for murder — Trial judge not required to specifically direct jury to acquit both accused if unable to decide which one committed murder — Trial judge properly explaining to jury the relationship between intoxication defence and mens rea required for aiding and abetting second degree murder — Trial judge not required to instruct jury that it could rely on out-of-court statements made by appellant's co-accused as evidence of their truth.

### **Reference re *Supreme Court Act*, ss. 5 and 6 ..... 433**

Courts — Supreme Court of Canada — Judges — Eligibility requirements for appointment to Supreme Court of Canada — Requirement that three judges be appointed to Court from among judges of Court of Appeal or of Superior Court of Quebec or from among advocates of at least 10 years standing at Barreau du Québec — Whether Federal Court of Appeal judge formerly member of Barreau du Québec for more than 10 years eligible for appointment to Supreme Court of Canada — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 5, 6.

Constitutional law — Constitutional amendment — Composition of Supreme Court of Canada — Whether Parliament acting alone can enact legislation permitting appointment of former member of Quebec bar to Quebec position on Court — Constitution Act, 1982, s. 41(d) — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 5.1, 6.1.

## SOMMAIRE (Suite)

l'absence de l'accord volontaire de la plaignante à l'activité sexuelle ou l'accord apparent de la plaignante a-t-il été vicié par la fraude? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c), 273.1(1).

### **R. c. Leinen ..... 500**

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Accusé déclaré coupable de meurtre au second degré et de voies de fait graves après avoir tué une personne et en avoir blessé une autre en fonçant dans une foule au volant de son camion — Accusé plaidant en défense qu'il a eu une réaction de panique involontaire, qu'il n'avait pas l'intention de tuer ou de blesser quiconque et que le juge du procès a formulé des directives erronées au jury — Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel au motif que le juge du procès n'a pas donné des directives appropriées au sujet de l'incidence sur le plan juridique du moyen de défense fondé sur l'existence d'une crise de panique — Considéré globalement, l'exposé au jury ne refermait aucune erreur susceptible de révision à l'égard du caractère volontaire ou de l'intention.

### **R. c. Vokurka ..... 498**

Droit criminel — Verdict raisonnable — Défenses — Accident — Le juge du procès n'a pas fait erreur en concluant que l'accusé avait intentionnellement infligé les blessures à la victime — Les inférences sur lesquelles repose le verdict du juge du procès étaient raisonnablement étayées par la preuve — Le juge a expliqué adéquatement les raisons pour lesquelles il excluait la possibilité d'un accident.

### **R. c. Waite ..... 341**

Droit criminel — Exposé au jury — Appelant et coaccusé poursuivis pour meurtre et déclarés conjointement coupables de l'infraction — Absence d'obligation pour la juge du procès de dire expressément aux jurés qu'ils doivent acquitter les deux accusés s'ils sont incapables de décider lequel des deux a commis le meurtre — Explications adéquates de la juge du procès au jury quant au lien entre la défense d'ivresse et la mens rea requise pour l'infraction d'avoir aidé et encouragé quelqu'un à commettre un meurtre au deuxième degré — Absence d'obligation pour la juge du procès de dire aux jurés qu'ils peuvent s'appuyer sur des déclarations extrajudiciaires du coaccusé de l'appelant comme preuves de la véracité de leur contenu.

*Suite à la page suivante*



**SOMMAIRE** (Fin)

**Renvoi relatif à la *Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6 ..... 433**

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Juges — Conditions d'admissibilité à une nomination à la Cour suprême du Canada — Exigence que trois juges soient nommés parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec — Un juge de la Cour d'appel fédérale qui a été autrefois inscrit au Barreau du Québec pendant plus de 10 ans est-il admissible à une nomination à la Cour suprême du Canada? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 5, 6.

Droit constitutionnel — Modification de la Constitution — Composition de la Cour suprême du Canada — Le Parlement agissant seul peut-il légiférer pour permettre la nomination d'un ancien membre du Barreau du Québec à un poste de juge de la Cour réservé au Québec? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 41d) — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 5.1, 6.1.

**Antal Babos** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

- and -

**Sergio Piccirilli** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. BABOS**

**2014 SCC 16**

File No.: 34824.

2013: October 9; 2014: February 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Stay of proceedings — Abuse of process — Accused charged with offences related to firearms and importation, production and trafficking of methamphetamine — Accused alleging Crown misconduct in obtaining medical records, police collusion to mislead court, and Crown threats pressuring accused to plead guilty — Trial judge staying proceedings — Whether stay of proceedings necessary to protect integrity of justice system.*

The accused were charged with numerous firearms offences, as well as offences related to the importation, production and trafficking of methamphetamine. During the course of the trial, the accused brought an application to stay the proceedings for abuse of process. They took issue with three forms of state misconduct: attempts by the Crown to intimidate them into foregoing their right to a trial by threatening them with additional charges should they choose to plead not guilty, collusion on the part of two police officers to mislead the court about the seizure of a firearm, and improper means used by the Crown in obtaining the medical records of one of the

**Antal Babos** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

- et -

**Sergio Piccirilli** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BABOS**

**2014 CSC 16**

N° du greffe : 34824.

2013 : 9 octobre; 2014 : 21 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Arrêt des procédures — Abus de procédure — Accusés inculpés d'infractions relatives aux armes à feu et à l'importation, à la production et au trafic de méthamphetamine — Accusés allèguent des comportements répréhensibles du ministère public en ce qui a trait à l'obtention d'un dossier médical, à de la collusion entre policiers pour induire le tribunal en erreur et à des menaces proférées par la substitut du procureur général pour inciter les accusés à plaider coupable — Arrêt des procédures ordonné par le juge du procès — L'arrêt des procédures était-il nécessaire pour protéger l'intégrité du système judiciaire?*

Les accusés ont été inculpés de nombreuses infractions liées aux armes à feu et d'autres infractions relatives à l'importation, à la production et au trafic de méthamphetamine. Durant le procès, les accusés ont présenté une demande d'arrêt des procédures pour abus de procédure. Ils se plaignaient de trois actes répréhensibles du ministère public, soit du fait que la substitut du procureur général a essayé plusieurs fois de les intimider pour qu'ils renoncent à leur droit à un procès en les menaçant de porter d'autres accusations contre eux s'ils décidaient de nier leur culpabilité; que deux agents de police se sont concertés pour induire le tribunal en erreur au sujet

accused. The trial judge stayed the proceedings. The Court of Appeal set aside the stay and ordered a new trial.

*Held* (Abella J. dissenting): The appeals should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: A stay of proceedings for an abuse of process will only be warranted in the clearest of cases. Two types of state conduct may warrant a stay. The first is conduct that compromises the fairness of an accused's trial (the "main" category). The second is conduct that does not threaten trial fairness but risks undermining the integrity of the judicial process (the "residual" category). The test for determining whether a stay of proceedings is warranted is the same for both categories and consists of three requirements: (1) there must be prejudice to the accused's right to a fair trial or to the integrity of the justice system that will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome, (2) there must be no alternative remedy capable of redressing the prejudice, and (3) where there is still uncertainty over whether a stay is warranted after steps 1 and 2, the court must balance the interests in favour of granting a stay against the interest that society has in having a final decision on the merits.

When the residual category is invoked, the first stage of the test is met when it is established that the state has engaged in conduct that is offensive to societal notions of fair play and decency, and that proceeding with a trial in the face of that conduct would be harmful to the integrity of the justice system. At the second stage of the test, the focus is on whether an alternate remedy short of a stay of proceedings will adequately dissociate the justice system from the impugned state conduct going forward. Finally, the court must decide whether staying the proceedings or having a trial despite the impugned conduct better protects the integrity of the justice system. This inquiry necessarily demands balancing. The court must consider such things as the nature and seriousness of the impugned conduct, whether the conduct is isolated or reflects a systemic and ongoing problem, the circumstances of the accused, the charges he or she faces, and the interests of society in having the charges disposed of on the merits.

de la saisie d'une arme à feu; et que le ministère public a utilisé des moyens irréguliers pour obtenir le dossier médical d'un des accusés. Le juge du procès a ordonné l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a annulé l'arrêt des procédures et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Arrêt* (la juge Abella est dissidente) : Les pourvois sont rejetés.

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : Un arrêt des procédures pour abus de procédure n'est justifié que dans les cas les plus manifestes. Deux types de conduite de l'État justifient un tel arrêt. Le premier concerne la conduite qui compromet l'équité du procès d'un accusé (la catégorie « principale »). Le second concerne la conduite qui ne présente aucune menace pour l'équité du procès, mais risque de miner l'intégrité du processus judiciaire (la catégorie « résiduelle »). Le test servant à déterminer si l'arrêt des procédures est justifié est le même pour les deux catégories et comporte trois exigences : (1) il doit y avoir une atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable ou à l'intégrité du système de justice qui sera révélée, perpétuée ou aggravée par le déroulement du procès ou par son issue, (2) il ne doit y avoir aucune autre réparation susceptible de corriger l'atteinte et (3), s'il subsiste une incertitude quant à l'opportunité de l'arrêt des procédures à l'issue des deux premières étapes, le tribunal doit mettre en balance les intérêts militant en faveur de cet arrêt, d'une part, et l'intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond, d'autre part.

Lorsque c'est la catégorie résiduelle qui est invoquée, il est satisfait à la première étape du test s'il est établi que l'État a adopté une conduite choquant le sens du franc-jeu et de la décence de la société et que la tenue d'un procès malgré cette conduite serait préjudiciable à l'intégrité du système de justice. À la deuxième étape du test, l'accent est plutôt mis sur la question de savoir si une autre réparation, moindre que l'arrêt des procédures, permettra au système de justice de se dissocier suffisamment à l'avenir de la conduite reprochée à l'État. Finalement, le tribunal est appelé à décider quelle des deux solutions suivantes assure le mieux l'intégrité du système de justice : l'arrêt des procédures ou la tenue d'un procès en dépit de la conduite contestée. Cette analyse suppose nécessairement une mise en balance. Le tribunal doit prendre en compte des éléments comme la nature et la gravité de la conduite reprochée — que celle-ci soit un cas isolé ou la manifestation d'un problème systémique et persistant —, la situation de l'accusé, les accusations auxquelles il doit répondre et l'intérêt de la société à ce que les accusations soient jugées au fond.

In the instant case, the three forms of state misconduct that are at issue fall squarely within the residual category. The trial judge erred in his assessment of the impugned misconduct and in concluding that a stay of proceedings was warranted. As regards the medical records, the trial judge made a palpable and overriding error in finding that the Crown's conduct occasioned prejudice to the integrity of the justice system. With respect to the police collusion, apart from its limited extent, the trial judge failed to consider the existence of another remedy that would have overcome the threat posed to the integrity of the justice system — namely, excluding the firearm from evidence in respect of both accused. As for the threats made by the Crown, while they were reprehensible and should not be repeated, the trial judge failed to consider that they were made more than a year before the trial began, and that the accused took no steps for over a year to address the Crown's conduct. These factors shed light on how seriously the accused took the threats. The trial judge also failed to consider that the Crown prosecutor who made the threats was removed from the case months before the trial started. Moreover, the trial judge failed to balance the need for a stay against society's interest in a trial on the merits. When the impugned misconduct is weighed against society's interest in a trial, this is not one of the clearest of cases where the exceptional remedy of a stay of proceedings is warranted.

*Per Abella J. (dissenting):* A stay of proceedings may be imposed when the state conduct is so profoundly and disproportionately inconsistent with the public perception of what a fair justice system requires, that proceeding with a trial means condoning unforgiveable conduct. A Crown who makes threats intended to bully an accused into foregoing his or her right to a trial, takes fatal aim at the heart of the public's confidence in that integrity.

The unjustifiable nature of the Crown's conduct in this case was not mitigated by the length of time between the threats and the trial. Time is not a legal remedy for a fundamental breach of the Crown's role and the passage of time does not attenuate her unpardonable conduct. It was the mere fact that the threats were made at all that was key, not when they were made.

En l'instance, les trois actes répréhensibles de l'État en cause sont manifestement de ceux qui entrent dans la catégorie résiduelle. Le juge du procès a commis des erreurs dans l'appréciation des trois actes répréhensibles et en concluant qu'il était justifié d'ordonner l'arrêt des procédures. En ce qui concerne le dossier médical, le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que la conduite du ministère public avait miné l'intégrité du système de justice. Pour ce qui est de la collusion policière, abstraction faite de sa portée limitée, le juge du procès n'a pas tenu compte du fait qu'une autre réparation, soit l'exclusion de l'arme à feu à l'égard des deux accusés, aurait contré toute menace que la collusion policière représentait pour l'intégrité du système de justice. Quant aux menaces proférées par la substitut du procureur général, bien qu'elles aient été répréhensibles et ne doivent pas se reproduire, le juge du procès a omis de tenir compte du fait qu'elles avaient été faites plus d'un an avant l'ouverture du procès, et que les accusés n'ont pris aucune mesure durant plus d'un an avant de s'en plaindre. Ces facteurs jettent un éclairage sur le niveau de gravité attribué par la défense à ces menaces. Le juge du procès a aussi omis de tenir compte du fait que la substitut du procureur général qui a proféré les menaces avait cessé d'occuper dans le dossier des mois avant le début du procès. En outre, le juge du procès a omis de mettre en balance la nécessité de l'arrêt des procédures, d'une part, et l'intérêt de la société à ce qu'un procès soit jugé sur le fond, d'autre part. Lorsque la conduite répréhensible attaquée est soupesée par rapport à l'intérêt pour la société à ce qu'un procès soit tenu, il ne s'agit pas de l'un des cas les plus manifestes où la réparation exceptionnelle que constitue l'arrêt des procédures est justifiée.

*La juge Abella (dissidente) :* L'arrêt des procédures peut être ordonné lorsque la conduite de l'État est si profondément et disproportionnellement incompatible avec ce qu'exige, aux yeux du public, un système de justice équitable, que la tenue d'un procès revient à tolérer une conduite impardonnable. Le substitut du procureur général qui profère des menaces dans le but d'intimider l'accusé pour qu'il renonce à son droit à un procès porte un coup fatal au cœur de la confiance du public dans cette intégrité.

Le caractère injustifiable de la conduite du ministère public en l'espèce n'a pas été atténué par le temps qui s'est écoulé entre la prolifération des menaces et la tenue du procès. Le temps n'est pas une réparation prévue par la loi en cas de manquement fondamental à la fonction du ministère public et il n'a pas pour effet d'atténuer ce qui constitue une conduite impardonnable. C'est la prolifération des menaces en tant que telle qui était déterminante, et non le moment où elles ont été proférées.

Moreover, a further balancing exercise was not required in the circumstances. The trial judge was unequivocal in concluding that the conduct justified a stay, and there was none of the uncertainty as to the propriety of a stay that is a condition precedent to the need for a balancing exercise. When a trial judge has found that the conduct cannot be condoned because it is such an exceptional assault on the public's sense of justice, it is conceptually inconsistent to ask the court to undermine its own conclusion by re-weighing the half of the scale that contains the public's interest in trials on the merits. The public has an interest not only in trials on the merits, it has an even greater interest in knowing that when the state is involved in proceedings, particularly those that can result in an individual's loss of liberty, it will put fairness above expedience. Justice is not only about results, it is about how those results are obtained. When a Crown threatens an accused with additional offences if he or she does not plead guilty, the public's interest in the results of a trial must yield to the transcendent interest in protecting the public's confidence in the integrity of the justice system.

### Cases Cited

By Moldaver J.

**Referred to:** *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Waugh* (1985), 68 N.S.R. (2d) 247; *R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509; *R. v. Zarinchang*, 2010 ONCA 286, 99 O.R. (3d) 721; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *United States of America v. Cobb*, 2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587.

By Abella J. (dissenting)

*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *United States of America v. Shulman*, 2001 SCC 21, [2001] 1 S.C.R. 616; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509.

En outre, une mise en balance en plus de l'examen préalable ne s'imposait pas en l'espèce. Le juge du procès a conclu sans équivoque que l'abus justifiait l'arrêt des procédures et on ne retrouvait aucunement dans la présente affaire l'incertitude quant au bien-fondé de l'arrêt des procédures qui constitue une condition préalable au besoin de procéder à une mise en balance. Lorsque le juge du procès conclut à l'impossibilité de tolérer la conduite en question parce qu'elle choque aussi profondément le sens de la justice du public, il est conceptuellement illogique de demander au tribunal d'affaiblir sa propre conclusion en pesant de nouveau le côté de la balance où se trouve l'intérêt du public dans la tenue d'un procès sur le fond. Le public a non seulement intérêt à ce qu'il y ait des procès sur le fond, il a aussi bien davantage intérêt à savoir que l'État privilégie l'équité aux dépens de la célérité lorsqu'il participe à des procédures, notamment celles susceptibles d'entraîner la perte de liberté. La justice ne se limite pas aux résultats, elle s'étend aussi à la manière de les atteindre. Lorsqu'un substitut du procureur général menace l'accusé de porter d'autres accusations contre lui s'il n'avoue pas sa culpabilité, l'intérêt du public dans l'issue d'un procès doit céder le pas à l'intérêt transcendant d'assurer la confiance du public dans l'intégrité du système de justice.

### Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Waugh* (1985), 68 N.S.R. (2d) 247; *R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509; *R. c. Zarinchang*, 2010 ONCA 286, 99 O.R. (3d) 721; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, 2001 CSC 21, [2001] 1 R.C.S. 616; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 11(b), 24.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 574(1)(b), 577.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Chamberland and Doyon J.J.A.), 2012 QCCA 471, [2012] J.Q. n° 2107 (QL), 2012 CarswellQue 1987, SOQUIJ AZ-50839397, setting aside the stay of proceedings entered by Garneau J. and ordering a new trial, 2008 QCCQ 11373, [2008] J.Q. n° 12838 (QL), 2008 CarswellQue 12200, SOQUIJ AZ-50525272. Appeals dismissed, Abella J. dissenting.

*Franco Schiro and Xuan Trung Nguyen*, for the appellant Antal Babos.

*Guylaine Tardif, Jean-Pierre Pilon and Maxime Wilkins*, for the appellant Sergio Piccirilli.

*Gilles Villeneuve and François Lacasse*, for the respondent.

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

MOLDAVER J. —

**I. Introduction**

[1] This appeal provides the Court with an opportunity to revisit the law of abuse of process as it relates to state conduct that impinges on the integrity of the justice system but does not affect trial fairness — sometimes referred to as the “residual category” of cases for which a judicial stay of proceedings may be ordered. In particular, we are tasked with clarifying the approach to be followed when determining whether a stay of proceedings should be ordered where such conduct is uncovered.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 11b), 24.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 574(1)b), 577.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Chamberland et Doyon), 2012 QCCA 471, [2012] J.Q. n° 2107 (QL), 2012 CarswellQue 1987, SOQUIJ AZ-50839397, qui a annulé l’arrêt des procédures ordonné par le juge Garneau et ordonné la tenue d’un nouveau procès, 2008 QCCQ 11373, [2008] J.Q. n° 12838 (QL), 2008 CarswellQue 12200, SOQUIJ AZ-50525272. Pourvois rejetés, la juge Abella est dissidente.

*Franco Schiro et Xuan Trung Nguyen*, pour l’appellant Antal Babos.

*Guylaine Tardif, Jean-Pierre Pilon et Maxime Wilkins*, pour l’appellant Sergio Piccirilli.

*Gilles Villeneuve et François Lacasse*, pour l’intimée.

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

LE JUGE MOLDAVER —

**I. Introduction**

[1] Le présent pourvoi donne à la Cour l’occasion de revoir les règles régissant l’abus de procédure auxquelles sont assujettis les comportements de l’État qui portent atteinte à l’intégrité du système de justice, mais ne nuisent pas à l’équité du procès. Ce sont les comportements qui font partie de ce qu’on appelle parfois la « catégorie résiduelle » de cas où le tribunal peut ordonner l’arrêt des procédures. Plus particulièrement, il nous incombe de préciser la marche à suivre pour décider s’il y a lieu d’ordonner l’arrêt des procédures lorsqu’une telle conduite est dévoilée.

[2] As we shall see, the appellants, Antal Babos and Sergio Piccirilli, complain about three forms of state misconduct:

- (1) Attempts by the original provincial Crown Attorney to intimidate them into foregoing their right to a trial by threatening them with additional charges should they choose to plead not guilty;
- (2) Collusion on the part of two police officers to mislead the court about the seizure of a firearm from Mr. Babos's car; and
- (3) Improper means used by a federal Crown Attorney in obtaining Mr. Piccirilli's medical records from the detention centre where he was being detained pending trial.

[3] Notably, the appellants do not argue that they cannot receive a fair trial as a result of the alleged incidents of misconduct — they accept that they can. They submit instead that this is one of the clearest of cases in which a stay of proceedings is necessary to preserve and protect the integrity of the justice system. Anything short of that would amount to judicial condonation of egregious misconduct and erode the public's confidence in the administration of justice.

[4] And that, the appellants say, is the basis upon which the trial judge ordered a stay of proceedings in their case. In doing so, he made no error. His decision was discretionary and entitled to deference, and the Quebec Court of Appeal should not have interfered. Hence, the appellants seek to have the order of the trial judge reinstated.

[5] For the reasons that follow, I would not give effect to the appellants' submissions. In my respectful view, the trial judge committed errors in

[2] Comme nous le verrons, les appelants, Antal Babos et Sergio Piccirilli, se plaignent de trois actes répréhensibles commis par des représentants de l'État :

- (1) La première substitut du procureur général provincial a essayé plusieurs fois de les intimider pour qu'ils renoncent à leur droit à un procès, en les menaçant de porter d'autres accusations contre eux s'ils décidaient de nier leur culpabilité;
- (2) Deux agents de police se sont concertés pour induire le tribunal en erreur au sujet de la saisie d'une arme à feu qu'ils ont trouvée à l'intérieur de la voiture de M. Babos;
- (3) Une procureure fédérale, agissant à titre de substitut du procureur général, a utilisé des moyens irréguliers pour obtenir le dossier médical de M. Piccirilli auprès du centre de détention où il était incarcéré en attendant son procès.

[3] Soulignons que les appelants ne plaident pas l'impossibilité de subir un procès équitable en raison des présumés incidents d'inconduite : ils admettent pouvoir compter sur un procès équitable. Ils soutiennent plutôt que la présente affaire est l'un des cas les plus manifestes où l'arrêt des procédures s'impose pour préserver et protéger l'intégrité du système de justice. Si le tribunal optait pour une solution moins draconienne, cela reviendrait selon eux à absoudre judiciairement une conduite inacceptable et minerait la confiance du public envers l'administration de la justice.

[4] Selon les appelants, c'est la raison pour laquelle le juge du procès a ordonné l'arrêt des procédures à leur endroit et, ce faisant, n'a commis aucune erreur. En outre, puisque sa décision a été, à leur avis, le fruit de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, elle commande la déférence et la Cour d'appel n'aurait pas dû la modifier. Ainsi, les appelants demandent-ils le rétablissement de l'ordonnance du juge de première instance.

[5] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de ne pas faire droit aux arguments des appelants. Selon moi et avec respect, le juge du procès a commis des

assessing all three forms of state misconduct. As regards Mr. Piccirilli's medical records, he made a palpable and overriding error in assessing the Crown's conduct. With respect to the police collusion, apart from its limited extent, the trial judge failed to consider that excluding the firearm found in Mr. Babos's trunk would have overcome whatever threat it posed to the integrity of the justice system. As for the threats by the provincial Crown, while they were reprehensible and should not be repeated, the trial judge overstated their seriousness and failed to balance the need for a stay against society's interest in a trial on the merits.

[6] When the impugned misconduct is properly considered and the correct legal framework is applied, a stay is unwarranted. Accordingly, I would dismiss the appeals.

## II. Background Facts

[7] On February 17, 2006, Mr. Babos was pulled over by Constables Guy Brière and Marc Sénéchal. The officers believed that Mr. Babos was transporting guns. Upon searching the trunk of his car, they found a semi-automatic firearm. Mr. Babos was arrested.

[8] On June 21, 2006, Mr. Piccirilli was arrested. Both he and Mr. Babos were ultimately charged with numerous firearms related offences, as well as offences related to the importation, production and trafficking of methamphetamine.

[9] The instances of threatening conduct by Crown counsel are said to have occurred between June 2006 and February 2007. Specifically, the provincial prosecutor assigned to the case, Ms. Valérie Tremblay, was accused of threatening Mr. Piccirilli on three separate occasions with additional charges if he did not plead guilty.

[10] According to Mr. Patrice Duliot, Mr. Piccirilli's former lawyer, Ms. Tremblay told him, in the

erreurs dans l'appréciation des trois actes répréhensibles posés par des représentants de l'État. Quant au dossier médical de M. Piccirilli, le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la conduite de l'État. Pour ce qui est de la collusion policière, abstraction faite de sa portée limitée, le juge du procès n'a pas tenu compte du fait que l'exclusion de l'arme à feu retrouvée dans le coffre de la voiture de M. Babos aurait contré toute menace que la collusion policière représentait pour l'intégrité du système de justice. En ce qui concerne les menaces proférées par la substitut du procureur général provincial, bien qu'elles aient été répréhensibles et ne doivent pas se reproduire, le juge du procès a surestimé leur gravité et n'a pas mis en balance la nécessité de l'arrêt des procédures, d'une part, et l'intérêt de la société à ce qu'un procès soit jugé sur le fond, d'autre part.

[6] Lorsqu'on tient dûment compte de l'inconduite reprochée et qu'on applique le bon cadre juridique, l'arrêt des procédures est injustifié. Je suis donc d'avis de rejeter les pourvois.

## II. Contexte factuel

[7] Le 17 février 2006, croyant que M. Babos transportait des armes à feu, les policiers Guy Brière et Marc Sénéchal ont intercepté son véhicule. En fouillant le coffre de ce dernier, ils ont trouvé une arme semi-automatique. M. Babos a été arrêté.

[8] Le 21 juin 2006, M. Piccirilli a été arrêté. Par la suite, M. Babos et lui ont été accusés de nombreuses infractions liées aux armes à feu et d'autres relatives à l'importation, à la production et au trafic de méthamphétamine.

[9] La substitut du procureur général aurait proféré ses menaces entre juin 2006 et février 2007. Plus précisément, la poursuivante provinciale affectée au dossier, M<sup>e</sup> Valérie Tremblay, a été accusée d'avoir menacé M. Piccirilli, à trois occasions distinctes, de porter d'autres accusations contre lui s'il n'avouait pas sa culpabilité.

[10] Selon M<sup>e</sup> Patrice Duliot, l'ancien avocat de M. Piccirilli, M<sup>e</sup> Tremblay lui a dit, en présence de



presence of Mr. Piccirilli, that [TRANSLATION] “if your client doesn’t settle, he’s gonna be hit by a train” (A.R., vol. V, at p. 5). Mr. Piccirilli claimed that on another occasion, either in June or September 2006, Ms. Tremblay threatened him personally in the courtroom. According to Mr. Piccirilli, she said “if you proceed, we’ll bring other charges against you” and that she would “use section 577” and go “straight to trial” (pp. 65 and 69).<sup>1</sup> Another of Mr. Piccirilli’s counsel, Ms. Guylaine Tardif, deposed in an affidavit that in November 2006 or February 2007, Ms. Tremblay told her that Mr. Piccirilli would be charged with money laundering and organized crime offences if he did not plead guilty. Ms. Tremblay asked Ms. Tardif to relay this message to her client. Although Mr. Babos was not threatened directly, no issue is taken with the fact that the threats conveyed to Mr. Piccirilli would have come to his attention.

[11] The appellants’ trial began in April 2008. Notably, by February 2008, Ms. Tremblay was no longer on the file. She had been removed for health reasons and replaced by a federal prosecutor, Ms. Kovacevich, when the charges against the appellants were joined in a single indictment. It was at this juncture that the appellants were charged with four additional offences relating to organized crime, firearms and drug trafficking. The additional charges stemmed from evidence led at the appellants’ preliminary hearings. By this point, neither the appellants nor their counsel had mentioned the alleged threats made by Ms. Tremblay. Indeed, the threats did not surface until they were brought to the attention of the trial judge some six months into the trial and at least eighteen months after they were made.

[12] At the outset of the trial, Mr. Babos alleged that the police had illegally searched the trunk of his car and he sought to have the firearm they seized excluded from evidence under s. 24(2) of the

<sup>1</sup> “577” is a reference to s. 577 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which empowers a Crown to prefer a “direct indictment”, bypassing an accused’s right to a preliminary inquiry.

son client, que, « si ton client [ne] règle pas, le train va le frapper » (d.a., vol. V, p. 5). M. Piccirilli a soutenu qu’à une autre occasion, en juin ou septembre 2006, M<sup>e</sup> Tremblay l’avait menacé en personne dans la salle d’audience en lui tenant les propos suivants : « si tu procèdes, on va te mettre d’autres charges », « mettre [l’]article 577 » et aller « *straight to trial* » [« directement à procès »] (p. 65 et 69)<sup>1</sup>. Une autre avocate de M. Piccirilli, M<sup>e</sup> Guylaine Tardif, a mentionné dans un affidavit que, en novembre 2006 ou février 2007, M<sup>e</sup> Tremblay lui a dit que M. Piccirilli serait accusé de blanchiment d’argent et d’infractions d’organisation criminelle s’il ne reconnaissait pas sa culpabilité. M<sup>e</sup> Tremblay a demandé à M<sup>e</sup> Tardif de transmettre ce message à son client. Même si les menaces n’étaient pas adressées directement à M. Babos, personne ne conteste le fait qu’il aurait eu vent des menaces transmises à M. Piccirilli.

[11] Le procès des appelants s’est ouvert en avril 2008. Soulignons que M<sup>e</sup> Tremblay n’occupait plus dans le dossier depuis février 2008. On l’en avait retirée pour des raisons de santé et elle avait été remplacée par M<sup>e</sup> Kovacevich, une procureure fédérale agissant à titre de substitut du procureur général, quand les accusations pesant contre les appelants ont été regroupées dans un seul acte d’accusation. C’est à ce stade que les appelants ont été inculpés de quatre autres infractions liées au crime organisé, aux armes à feu et au trafic de drogue. Les accusations supplémentaires ont découlé de la preuve produite durant les enquêtes préliminaires visant les appelants. Ni ces derniers, ni leurs avocats n’avaient alors mentionné les menaces reprochées à M<sup>e</sup> Tremblay. De fait, ces menaces n’ont pas émergé avant d’être portées à l’attention du juge du procès quelque six mois après l’ouverture du procès et au moins dix-huit mois après qu’elles eurent été proférées.

[12] Au début du procès, M. Babos a reproché aux policiers d’avoir fouillé illégalement le coffre de sa voiture et il a cherché à faire exclure, en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits*

<sup>1</sup> Le numéro « 577 » désigne l’art. 577 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui confère au substitut du procureur général le pouvoir de présenter un « acte d’accusation », contournant ainsi le droit de l’accusé à une enquête préliminaire.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*. On the s. 24(2) application, a key factual issue was whether Mr. Babos consented to the search and opened the trunk himself. Constables Brière and Sénéchal testified at the hearing. Cst. Brière testified that it was Mr. Babos who opened the trunk of the car. This testimony differed from the version of events he had given at the preliminary inquiry.<sup>2</sup> When defence counsel confronted Cst. Brière with the change, Cst. Brière explained that he had spoken to Cst. Sénéchal while they were waiting to testify, and that Cst. Sénéchal had [TRANSLATION] “convinced” him that the new version of events was the truth.

[13] The trial judge concluded that the trunk had been illegally searched and that Mr. Babos’s rights under s. 8 of the *Charter* had been violated. He also found that the officers had colluded for the purpose of misleading the court. The firearm found in the trunk was excluded.

[14] In June 2008, during the continuation of the trial, the Crown attempted to adduce the same firearm against Mr. Piccirilli. Mr. Piccirilli objected. The Crown took the position that Mr. Piccirilli had no standing to allege a violation of his s. 8 rights because the car from which the firearm was seized belonged to Mr. Babos. Again Cst. Brière testified, and again his evidence was somewhat different than before.<sup>3</sup> The trial judge ruled in favour of the Crown on the issue of standing, but did so provisionally; he reserved to Mr. Piccirilli the right to present another motion [TRANSLATION] “in due course if necessary” (A.R., vol. III, at p. 124).<sup>4</sup>

2 At the preliminary inquiry, Cst. Brière testified that he had opened the trunk of the car.

3 Cst. Brière testified that Mr. Babos opened the trunk most of the way, and that he opened the trunk [TRANSLATION] “a little bit” (A.R., vol. III, at p. 217).

4 As matters turned out, the trial judge never did make a final ruling on the admissibility of the firearm against Mr. Piccirilli. Instead, he ended up staying the proceedings against Mr. Piccirilli and in doing so, he took into account the Crown’s attempt to introduce the firearm against him despite his earlier finding of collusion on the part of the officers.

*et libertés*, l’arme à feu qu’ils avaient saisie. Cette demande fondée sur le par. 24(2) soulève une question de fait clé : M. Babos a-t-il consenti à la fouille et ouvert lui-même le coffre? Les policiers Brière et Sénéchal ont témoigné à l’audience. Selon l’agent Brière, c’est M. Babos qui a ouvert le coffre de la voiture. Or, ce témoignage était différent de la version des faits qu’il avait donnée à l’enquête préliminaire<sup>2</sup>. Lorsque l’avocat de la défense lui a signalé ce changement de version, l’agent Brière a expliqué que lui et l’agent Sénéchal s’étaient parlé avant de témoigner et que ce dernier l’avait « convaincu » que la nouvelle version des faits était exacte.

[13] Le juge du procès a conclu que les policiers avaient fouillé illégalement le coffre et violé les droits garantis à M. Babos par l’art. 8 de la *Charte*. Il a aussi conclu que les policiers s’étaient concertés dans le but d’induire le tribunal en erreur. Il a écarté l’arme à feu découverte dans le coffre.

[14] En juin 2008, toujours au cours du procès, le ministère public a tenté de présenter en preuve la même arme à feu contre M. Piccirilli, qui s’y est opposé. Le ministère public a soutenu que M. Piccirilli n’avait pas qualité pour alléguer une violation des droits que lui garantit l’art. 8, puisque la voiture où se trouvait l’arme à feu saisie appartenait à M. Babos. L’agent Brière a témoigné de nouveau et, là encore, sa déposition différait quelque peu des précédentes<sup>3</sup>. Le juge du procès a tranché en faveur du ministère public sur la question de la qualité pour agir, mais de façon provisoire; il a accordé à M. Piccirilli le droit de présenter une autre requête « en temps et lieu si nécessaire » (d.a., vol. III, p. 124)<sup>4</sup>.

2 À l’enquête préliminaire, l’agent Brière a dit avoir ouvert le coffre de la voiture.

3 L’agent Brière a affirmé que M. Babos avait ouvert le coffre en majeure partie et que lui-même l’avait ouvert « un petit peu » (d.a., vol. III, p. 217).

4 En fin de compte, le juge du procès n’a jamais statué de façon définitive sur l’admissibilité en preuve de l’arme à feu à l’égard de M. Piccirilli. Il a plutôt fini par arrêter les procédures engagées contre lui et, ce faisant, il a pris en considération la tentative du ministère public de présenter l’arme à feu en preuve contre M. Piccirilli même s’il avait conclu plus tôt à la collusion des policiers.

[15] On October 3, 2008, with the trial still ongoing, Mr. Babos brought an application to stay the charges for unreasonable delay under s. 11(b) of the *Charter*. That same week, on October 7, 2008, Mr. Piccirilli had a heart attack and the trial was adjourned. Mr. Piccirilli applied for bail, alleging that the detention centre in which he was being held was unable to adequately care for his health. As part of his application, Mr. Piccirilli undertook to provide the court with his medical report and list of medications.

[16] Ms. Kovacevich contacted the detention centre directly and spoke to Mr. Piccirilli's doctor. Ms. Kovacevich asked him to provide an affidavit explaining whether medical staff at the detention centre had followed up on Mr. Piccirilli's health since his heart attack and whether Mr. Piccirilli had been receiving his medication since his hospitalization. On October 23, 2008, Mr. Piccirilli's doctor provided the Crown with medical documents pertaining to Mr. Piccirilli. Ms. Kovacevich immediately disclosed these documents to Mr. Piccirilli's counsel, but she initially refused to divulge their source. A few days later, in an affidavit dated October 30, 2008, she explained that the medical records had been sent from the detention centre by Mr. Piccirilli's doctor.

[17] When Mr. Babos's s. 11(b) application resumed in late October, Mr. Babos's former counsel (Mr. Duliot) testified. It was in the course of his testimony that Ms. Tremblay's threatening conduct came to light for the first time. After hearing evidence regarding Ms. Tremblay's conduct, the trial judge asked Ms. Kovacevich if she wanted to call any witnesses or have Ms. Tremblay prepare an affidavit. Ms. Kovacevich declined. She explained that the only response she could make was that the state of Ms. Tremblay's health did not allow her to testify, that the alleged threats were not admitted, and that no postponement was requested to have her testify.

[18] Both appellants brought an application to stay the proceedings for abuse of process shortly

[15] Le 3 octobre 2008, pendant que le procès était toujours en cours, M. Babos a présenté une demande d'arrêt des procédures pour délai déraisonnable en vertu de l'al. 11b) de la *Charte*. Plus tard cette semaine-là, soit le 7 octobre 2008, M. Piccirilli a subi une crise cardiaque et le procès a été ajourné. M. Piccirilli a demandé sa mise en liberté sous caution, soutenant que le centre de détention où il était incarcéré ne pouvait pas lui fournir des soins médicaux adéquats. Dans le cadre de sa demande, il s'est engagé à fournir au tribunal son dossier médical et la liste de ses médicaments.

[16] M<sup>e</sup> Kovacevich a communiqué directement avec le centre de détention et s'est entretenu avec le médecin de M. Piccirilli. Elle lui a demandé de fournir un affidavit indiquant si le personnel médical du centre de détention avait surveillé l'état de santé de M. Piccirilli depuis sa crise cardiaque et si M. Piccirilli avait reçu ses médicaments depuis son hospitalisation. Le 23 octobre 2008, le médecin de M. Piccirilli a remis au ministère public des documents médicaux concernant son patient. M<sup>e</sup> Kovacevich a communiqué sans tarder ces documents à l'avocat de M. Piccirilli, mais elle a refusé au départ de révéler leur provenance. Quelques jours plus tard, dans un affidavit daté du 30 octobre 2008, elle a précisé que le dossier médical avait été envoyé par le médecin de M. Piccirilli à partir du centre de détention.

[17] Lorsque l'audition de la demande présentée par M. Babos en vertu de l'al. 11b) a repris à la fin octobre, l'ancien avocat de M. Babos (M<sup>e</sup> Duliot) a témoigné. C'est durant son témoignage que le comportement menaçant de M<sup>e</sup> Tremblay a été dévoilé pour la première fois. Après avoir entendu des témoignages au sujet de ce comportement, le juge du procès a demandé à M<sup>e</sup> Kovacevich si elle désirait citer des témoins ou faire préparer un affidavit par M<sup>e</sup> Tremblay. M<sup>e</sup> Kovacevich a décliné cette offre, expliquant être seulement en mesure de répondre que l'état de santé de M<sup>e</sup> Tremblay l'empêchait de témoigner, que la véracité des menaces alléguées n'était pas admise, et qu'aucune remise n'était sollicitée pour la faire témoigner.

[18] Peu après, les appelants ont tous deux présenté une demande d'arrêt des procédures pour

thereafter. On November 14, 2008, the trial judge granted the application and the charges against the appellants were stayed.

### III. Judgments Below

#### A. *The Quebec Court, 2008 QCCQ 11373 (CanLII)*

[19] Garneau J. stayed the proceedings against both appellants. He based his decision to do so on three instances of state misconduct: (1) Ms. Tremblay's threats to the appellants that they would face additional charges if they did not plead guilty; (2) collusion on the part of Constables Brière and Sénéchal to mislead the court; and (3) Ms. Kovacevich's improper conduct in securing Mr. Piccirilli's medical records from the detention centre without first obtaining his consent.

[20] Commencing with Ms. Tremblay's threatening conduct, the trial judge described the threats as [TRANSLATION] "unacceptable, intolerable, unjustifiable, illegal and, above all, undemocratic" (para. 59). The trial judge was also critical of the Crown attorney's office for failing to take any steps to address Ms. Tremblay's conduct, noting that "nothing, absolutely nothing had been done by the representative of the Attorney General to remedy or even try to remedy the situation" (para. 66). Instead, the Crown had "remained entrenched in its position" (para. 66). The trial judge found that the threats had tarnished the reputation of the judicial system and impacted the fairness of the accused's trial. Allowing the trial to continue in the face of these threats would be "shocking and outrageous" (para. 78). According to the trial judge, Ms. Tremblay's misconduct was sufficient in and of itself to warrant a stay of proceedings.

[21] With respect to collusion, the trial judge made a finding that Constables Brière and Sénéchal colluded in order to mislead the court. This finding was based on Cst. Brière's admission that he had spoken to Cst. Sénéchal before testifying, and

abus de procédure. Le 14 novembre 2008, le juge du procès a fait droit à la demande et ordonné l'arrêt des procédures intentées contre les appelants.

### III. Les décisions des juridictions inférieures

#### A. *La Cour du Québec, 2008 QCCQ 11373 (CanLII)*

[19] Le juge Garneau a ordonné l'arrêt des procédures intentées contre les deux appelants en se fondant sur trois actes répréhensibles commis par des représentants de l'État : (1) les menaces adressées par M<sup>e</sup> Tremblay aux appelants selon lesquelles ils répondraient à d'autres accusations s'ils n'avaient pas leur culpabilité; (2) la collusion entre les policiers Brière et Sénéchal en vue d'induire le tribunal en erreur; (3) le comportement inapproprié dont a fait preuve M<sup>e</sup> Kovacevich en se faisant remettre par le centre de détention le dossier médical de M. Piccirilli, et ce, sans avoir d'abord obtenu le consentement de ce dernier.

[20] Tout d'abord, en ce qui concerne le comportement menaçant de M<sup>e</sup> Tremblay, le juge du procès a dit que ses menaces étaient « inacceptables, intolérables, injustifiables, illégales et surtout antidémocratiques » (par. 59). Il a aussi reproché au bureau du substitut du procureur général de n'avoir pris aucune mesure pour réagir à la conduite de M<sup>e</sup> Tremblay, faisant remarquer que « rien, absolument rien n'a[vait] été fait par le Procureur général pour remédier ou même tenter de remédier à la situation » (par. 66). Au contraire, le ministère public « s'est cambré dans ses positions » (par. 66). Le juge du procès a conclu que les menaces avaient terni la réputation du système judiciaire et porté atteinte à l'équité du procès des accusés. Selon lui, il aurait été « choquant et outrageant » (par. 78) de laisser le procès suivre son cours malgré ces menaces. Enfin, il a estimé que la conduite répréhensible de M<sup>e</sup> Tremblay était suffisamment grave en soi pour justifier l'arrêt des procédures.

[21] Pour ce qui est de la collusion, le juge du procès a conclu que les policiers Brière et Sénéchal s'étaient concertés pour induire le tribunal en erreur. Cette conclusion reposait sur l'aveu de l'agent Brière suivant lequel il avait parlé à l'agent

that Cst. Sénéchal had [TRANSLATION] “convinced” him that Mr. Babos had opened the trunk of the car (para. 12). The trial judge also found that the Crown’s later attempt to lead the firearm seized from the trunk against Mr. Piccirilli perpetuated the officers’ collusion.

[22] Finally, regarding Mr. Piccirilli’s medical records, the trial judge concluded that the Crown should have taken the [TRANSLATION] “necessary precautions” to ensure that the confidentiality of Mr. Piccirilli’s records was respected (para. 53). The trial judge also found that there had been a “lack of transparency” because the Crown had “always refused” to disclose the source of the information once she had obtained it (para. 56).

[23] In the face of these three instances of misconduct, but particularly Ms. Tremblay’s threats, the trial judge stayed the proceedings against both appellants.

B. *The Quebec Court of Appeal, 2012 QCCA 471 (CanLII)*

[24] Doyon J.A., writing for a unanimous court, set aside the stay of proceedings and ordered a new trial. A stay of proceedings was only to be granted in [TRANSLATION] “extreme cases” where no other remedy was possible (para. 56). This was not such a case.

[25] Acknowledging that Ms. Tremblay’s threats were [TRANSLATION] “unacceptable” and “outrageous”, Doyon J.A. noted that the impact of the threats was lessened by the fact that they were made over a year before the trial began and that Ms. Tremblay had long since been replaced as the prosecutor in charge of the case (paras. 59 and 73).

[26] As for the trial judge’s finding that Constables Brière and Sénéchal colluded to mislead the court, Doyon J.A. considered this finding to be a palpable and overriding error. Cst. Brière explained why his testimony had changed. The trial judge’s

Sénéchal avant de témoigner et que ce dernier l’avait « convaincu » que M. Babos avait ouvert le hayon de la voiture (par. 12). Toujours selon le juge du procès, le ministère public a perpétué la collusion entre les agents en tentant par la suite de produire en preuve contre M. Piccirilli l’arme à feu saisie à l’intérieur du coffre.

[22] Enfin, s’agissant du dossier médical de M. Piccirilli, le juge du procès a conclu que le ministère public aurait dû prendre les « précautions nécessaires » pour en assurer la confidentialité (par. 53). Le juge du procès a aussi conclu à un « manque de transparence », vu que la substitut du procureur général avait « toujours refusé » de révéler la provenance des renseignements après les avoir obtenus (par. 56).

[23] Au vu des trois actes répréhensibles décrits précédemment, mais en particulier des menaces de M<sup>e</sup> Tremblay, le juge du procès a ordonné l’arrêt des procédures intentées contre les deux appelants.

B. *La Cour d’appel du Québec, 2012 QCCA 471 (CanLII)*

[24] Au nom des juges unanimes de la Cour d’appel, le juge Doyon a annulé l’arrêt des procédures et ordonné la tenue d’un nouveau procès. L’arrêt des procédures est réservé « aux cas extrêmes », quand aucune autre réparation n’est possible (par. 56). Tel n’était pas le cas en l’espèce.

[25] Le juge Doyon a certes reconnu que les menaces de M<sup>e</sup> Tremblay étaient « inacceptable[s] » et « outrageante[s] », mais il a signalé qu’elles avaient eu une incidence moindre du fait qu’elles avaient été proférées plus d’un an avant l’ouverture du procès et que M<sup>e</sup> Tremblay avait été remplacée depuis longtemps comme poursuivante responsable du dossier (par. 59 et 73).

[26] Quant à la conclusion du juge du procès selon laquelle les policiers Brière et Sénéchal s’étaient concertés pour induire le tribunal en erreur, le juge Doyon l’a considérée comme une erreur manifeste et dominante. L’agent Brière a expliqué pourquoi il avait

determination that the officers' conduct amounted to collusion lacked an evidentiary foundation.

[27] With respect to Ms. Kovacevich's conduct in securing Mr. Piccirilli's medical records, Doyon J.A. concluded that there was no misconduct and that the trial judge committed another palpable and overriding error in finding otherwise. Mr. Piccirilli put his medical condition in issue and at least implicitly waived his right to invoke confidentiality in the information. The Crown was free to seek evidence to contradict Mr. Piccirilli's assertions for purposes of resisting his application for interim release.

[28] Having reassessed the facts, Doyon J.A. observed that Ms. Tremblay's threats remained the sole cause of concern. In assessing whether those threats warranted a stay, he noted that they were uttered months before trial, by a Crown who was replaced before trial, and about whom the appellants did not complain until after their trial had been in progress for at least six months. In his view, this did not amount to an extreme case that required a stay of proceedings.

#### IV. Issues

[29] The narrow issue on appeal is whether the trial judge erred in granting a stay of proceedings. More broadly, we are tasked with clarifying the proper analysis to be undertaken when a stay of proceedings is sought for prior state conduct that is said to impinge on the integrity of the justice system.

#### V. Analysis

##### A. *Abuse of Process and Stays of Proceedings*

[30] A stay of proceedings is the most drastic remedy a criminal court can order (*R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 53). It

livré des témoignages différents. La décision du juge du procès que la conduite des agents était assimilable à de la collusion n'était fondée sur aucune preuve.

[27] Pour ce qui est de l'obtention, par M<sup>e</sup> Kovacevich, du dossier médical de M. Piccirilli, le juge Doyon a conclu qu'il ne s'agissait pas d'un acte répréhensible et que le juge du procès avait commis une autre erreur manifeste et dominante en concluant le contraire. M. Piccirilli a mis en cause ses problèmes de santé et a renoncé, à tout le moins implicitement, à son droit d'invoquer le caractère confidentiel des renseignements. Ainsi, il était loisible au ministère public de tenter d'obtenir des éléments de preuve pour contredire les affirmations de M. Piccirilli dans le but de s'opposer à sa demande de libération provisoire.

[28] Après avoir réexaminé les faits, le juge Doyon a fait observer que seules les menaces de M<sup>e</sup> Tremblay posaient encore problème. Au moment de déterminer si ces menaces justifiaient l'arrêt des procédures, il a souligné qu'elles avaient été proférées des mois avant le procès par une substitut du procureur général remplacée avant le procès et que les appelants ne s'en sont pas plaints avant au moins six mois après l'ouverture du procès. À son avis, il ne s'agissait pas d'un cas extrême où l'arrêt des procédures s'impose.

#### IV. Questions en litige

[29] La question précise qui se pose en l'espèce est celle de savoir si le juge du procès a eu tort d'ordonner l'arrêt des procédures. D'un point de vue plus général, nous sommes appelés à clarifier l'analyse qu'il convient de faire lorsqu'on demande l'arrêt des procédures en raison d'actes antérieurs de l'État qui porteraient atteinte à l'intégrité du système de justice.

#### V. Analyse

##### A. *Abus de procédure et arrêt des procédures*

[30] L'arrêt des procédures est la réparation la plus draconienne qu'une cour criminelle puisse accorder (*R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002]

permanently halts the prosecution of an accused. In doing so, the truth-seeking function of the trial is frustrated and the public is deprived of the opportunity to see justice done on the merits. In many cases, alleged victims of crime are deprived of their day in court.

[31] Nonetheless, this Court has recognized that there are rare occasions — the “clearest of cases” — when a stay of proceedings for an abuse of process will be warranted (*R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 68). These cases generally fall into two categories: (1) where state conduct compromises the fairness of an accused’s trial (the “main” category); and (2) where state conduct creates no threat to trial fairness but risks undermining the integrity of the judicial process (the “residual” category) (*O’Connor*, at para. 73). The impugned conduct in this case does not implicate the main category. Rather, it falls squarely within the latter category.

[32] The test used to determine whether a stay of proceedings is warranted is the same for both categories and consists of three requirements:

- (1) There must be prejudice to the accused’s right to a fair trial or the integrity of the justice system that “will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome” (*Regan*, at para. 54);
- (2) There must be no alternative remedy capable of redressing the prejudice; and
- (3) Where there is still uncertainty over whether a stay is warranted after steps (1) and (2), the court is required to balance the interests in favour of granting a stay, such as denouncing misconduct and preserving the integrity of the justice system, against “the interest that society has in having a final decision on the merits” (*ibid.*, at para. 57).

1 R.C.S. 297, par. 53). Il met un terme de façon définitive à la poursuite de l’accusé, ce qui a pour effet d’entraver la fonction de recherche de la vérité du procès et de priver le public de la possibilité de voir justice faite sur le fond. En outre, dans bien des cas, l’arrêt des procédures empêche les victimes alléguées d’actes criminels de se faire entendre.

[31] La Cour a néanmoins reconnu qu’il existe de rares cas — les « cas les plus manifestes » — dans lesquels un abus de procédure justifie l’arrêt des procédures (*R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 68). Ces cas entrent généralement dans deux catégories : (1) ceux où la conduite de l’État compromet l’équité du procès de l’accusé (la catégorie « principale »); (2) ceux où la conduite de l’État ne présente aucune menace pour l’équité du procès, mais risque de miner l’intégrité du processus judiciaire (la catégorie « résiduelle ») (*O’Connor*, par. 73). La conduite attaquée en l’espèce ne met pas en cause la catégorie principale. Elle fait plutôt nettement partie de la deuxième catégorie.

[32] Le test servant à déterminer si l’arrêt des procédures se justifie est le même pour les deux catégories et comporte trois exigences :

- (1) Il doit y avoir une atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable ou à l’intégrité du système de justice qui « sera révélé[e], perpétué[e] ou aggravé[e] par le déroulement du procès ou par son issue » (*Regan*, par. 54);
- (2) Il ne doit y avoir aucune autre réparation susceptible de corriger l’atteinte;
- (3) S’il subsiste une incertitude quant à l’opportunité de l’arrêt des procédures à l’issue des deux premières étapes, le tribunal doit mettre en balance les intérêts militant en faveur de cet arrêt, comme le fait de dénoncer la conduite répréhensible et de préserver l’intégrité du système de justice, d’une part, et « l’intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond », d’autre part (*ibid.*, par. 57).

[33] The test is the same for both categories because concerns regarding trial fairness and the integrity of the justice system are often linked and regularly arise in the same case. Having one test for both categories creates a coherent framework that avoids “schizophrenia” in the law (*O’Connor*, at para. 71). But while the framework is the same for both categories, the test may — and often will — play out differently depending on whether the “main” or “residual” category is invoked.

[34] Commencing with the first stage of the test, when the main category is invoked, the question is whether the accused’s right to a fair trial has been prejudiced and whether that prejudice will be carried forward through the conduct of the trial; in other words, the concern is whether there is *ongoing* unfairness to the accused.

[35] By contrast, when the residual category is invoked, the question is whether the state has engaged in conduct that is offensive to societal notions of fair play and decency and whether proceeding with a trial in the face of that conduct would be harmful to the integrity of the justice system. To put it in simpler terms, there are limits on the type of conduct society will tolerate in the prosecution of offences. At times, state conduct will be so troublesome that having a trial — even a fair one — will leave the impression that the justice system condones conduct that offends society’s sense of fair play and decency. This harms the integrity of the justice system. In these kinds of cases, the first stage of the test is met.

[36] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, this Court described the residual category in the following way:

For a stay of proceedings to be appropriate in a case falling into the residual category, it must appear that the state misconduct is likely to continue in the future or that the carrying forward of the prosecution will offend society’s sense of justice. Ordinarily, the latter condition will not be met unless the former is as well — society will not

[33] Le test est le même pour les deux catégories parce que les problèmes touchant l’équité du procès et ceux touchant l’intégrité du système de justice sont souvent liés et se posent couramment dans la même affaire. Le recours à un seul test pour les deux catégories crée un cadre cohérent qui permet d’éviter une « dichotomie » inutile dans le droit (*O’Connor*, par. 71). Cela dit, bien que le cadre d’analyse soit le même pour les deux catégories, le test pourra s’appliquer — et s’appliquera souvent — différemment, selon qu’on invoque la catégorie « principale » ou la catégorie « résiduelle ».

[34] Passons d’abord à la première étape du test. Lorsqu’on invoque la catégorie principale, la question est celle de savoir s’il y a eu atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable et si cette atteinte sera perpétuée par le déroulement du procès; autrement dit, il faut chercher à savoir s’il y a une injustice *persistante* envers l’accusé.

[35] Par contre, lorsque la catégorie résiduelle est invoquée, il s’agit de savoir si l’État a adopté une conduite choquant le sens du franc-jeu et de la décence de la société et si la tenue d’un procès malgré cette conduite serait préjudiciable à l’intégrité du système de justice. Pour dire les choses plus simplement, il y a des limites au genre de conduite que la société tolère dans la poursuite des infractions. Parfois, la conduite de l’État est si troublante que la tenue d’un procès — même un procès équitable — donnera l’impression que le système de justice cautionne une conduite heurtant le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société, et cela porte préjudice à l’intégrité du système de justice. Dans ce genre d’affaires, la première étape du test est franchie.

[36] La Cour décrit la catégorie résiduelle en ces termes dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391 :

Pour que la suspension des procédures soit appropriée dans un cas visé par la catégorie résiduelle, il doit ressortir que la conduite répréhensible de l’État risque de continuer à l’avenir ou que la poursuite des procédures choquera le sens de la justice de la société. Ordinairement, la dernière condition ne sera pas remplie



take umbrage at the carrying forward of a prosecution unless it is likely that some form of misconduct will continue. There may be exceptional cases in which the past misconduct is so egregious that the mere fact of going forward in the light of it will be offensive. But such cases should be relatively very rare. [para. 91]

[37] Two points of interest arise from this description. First, while it is generally true that the residual category will be invoked as a result of state *misconduct*, this will not always be so. Circumstances may arise where the integrity of the justice system is implicated in the absence of misconduct. Repeatedly prosecuting an accused for the same offence after successive juries have been unable to reach a verdict stands as an example (see, e.g., *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657), as does using the criminal courts to collect a civil debt (see, e.g., *R. v. Waugh* (1985), 68 N.S.R. (2d) 247 (S.C., App. Div.)).

[38] Second, in a residual category case, regardless of the type of conduct complained of, the question to be answered at the first stage of the test is the same: whether proceeding in light of the impugned conduct would do further harm to the integrity of the justice system. While I do not question the distinction between ongoing and past misconduct, it does not completely resolve the question of whether carrying on with a trial occasions further harm to the justice system. The court must still consider whether proceeding would lend judicial condonation to the impugned conduct.

[39] At the second stage of the test, the question is whether any other remedy short of a stay is capable of redressing the prejudice. Different remedies may apply depending on whether the prejudice relates to the accused's right to a fair trial (the main category) or whether it relates to the integrity of the justice system (the residual category). Where the concern is trial fairness, the focus is on restoring an accused's right to a fair trial. Here, procedural remedies, such

à moins que la première ne le soit aussi — la société ne s'offusquera pas de la poursuite des procédures à moins qu'une forme de conduite répréhensible soit susceptible de persister. Il peut y avoir des cas exceptionnels où la conduite reprochée est si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant. Mais de tels cas devraient être relativement très rares. [par. 91]

[37] Deux points d'intérêt se dégagent de cette description. Premièrement, bien qu'il soit généralement vrai que l'on invoque la catégorie résiduelle à la suite d'une *conduite répréhensible* de l'État, il n'en est pas toujours ainsi. Il peut y avoir des situations où l'intégrité du système de justice est en jeu en l'absence d'une conduite répréhensible. Poursuivre plusieurs fois un accusé pour la même infraction après que des jurys successifs ne soient pas parvenus à rendre un verdict en est un exemple (voir, p. ex., *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657), tout comme le fait d'avoir recours aux tribunaux criminels pour percevoir une dette civile (voir, p. ex., *R. c. Waugh* (1985), 68 N.S.R. (2d) 247 (C.S., Div. app.)).

[38] Deuxièmement, dans un cas relevant de la catégorie résiduelle, peu importe le type de conduite dont on se plaint, la question à laquelle il faut répondre à la première étape du test demeure la même : la tenue d'un procès en dépit de la conduite reprochée causerait-elle un préjudice supplémentaire à l'intégrité du système de justice? Je ne remets pas en question la distinction entre la conduite répréhensible persistante et la conduite répréhensible antérieure, mais cette distinction ne résout pas totalement la question de savoir si la tenue d'un procès cause un préjudice supplémentaire au système de justice. Le tribunal doit tout de même déterminer si la tenue d'un procès reviendrait à absoudre judiciairement la conduite reprochée.

[39] À la deuxième étape du test, il s'agit de déterminer si une autre réparation, moindre que l'arrêt des procédures, permettrait de corriger le préjudice. Différentes réparations peuvent être accordées, selon que le préjudice touche le droit de l'accusé à un procès équitable (la catégorie principale) ou l'intégrité du système de justice (la catégorie résiduelle). Quand c'est l'équité du procès qui est en cause, l'objectif est de rétablir le droit de l'accusé

as ordering a new trial, are more likely to address the prejudice of ongoing unfairness. Where the residual category is invoked, however, and the prejudice complained of is prejudice to the integrity of the justice system, remedies must be directed towards that harm. It must be remembered that for those cases which fall solely within the residual category, the goal is *not* to provide redress to an accused for a wrong that has been done to him or her in the past. Instead, the focus is on whether an alternate remedy short of a stay of proceedings will adequately dissociate the justice system from the impugned state conduct going forward.

[40] Finally, the balancing of interests that occurs at the third stage of the test takes on added significance when the residual category is invoked. This Court has stated that the balancing need only be undertaken where there is still uncertainty as to whether a stay is appropriate after the first two parts of the test have been completed (*Tobiass*, at para. 92). When the main category is invoked, it will often be clear by the time the balancing stage has been reached that trial fairness has not been prejudiced or, if it has, that another remedy short of a stay is available to address the concern. In those cases, no balancing is required. In rare cases, it will be evident that state conduct has permanently prevented a fair trial from taking place. In these “clearest of cases”, the third and final balancing step will often add little to the inquiry, as society has no interest in unfair trials.

[41] However, when the residual category is invoked, the balancing stage takes on added importance. Where prejudice to the integrity of the justice system is alleged, the court is asked to decide which of two options better protects the integrity of the system: staying the proceedings, or having a trial despite the impugned conduct. This inquiry necessarily demands balancing. The court must consider such things as the nature and seriousness of the impugned conduct, whether the conduct is

à un procès équitable. En l’espèce, les réparations procédurales, comme la tenue d’un nouveau procès, ont plus de chance de corriger le préjudice causé par une injustice persistante. En revanche, lorsque la catégorie résiduelle est invoquée et que le préjudice dénoncé porte atteinte à l’intégrité du système de justice, les réparations doivent s’attaquer à ce préjudice. Il faut se rappeler que, dans les affaires entrant uniquement dans la catégorie résiduelle, l’objectif *n’est pas* d’accorder réparation à l’accusé pour un tort qui lui a été causé auparavant. L’accent est plutôt mis sur la question de savoir si une autre réparation, moindre que l’arrêt des procédures, permettra au système de justice de se dissocier suffisamment à l’avenir de la conduite reprochée à l’État.

[40] Enfin, la mise en balance des intérêts effectuée à la troisième étape du test revêt une importance accrue lorsque la catégorie résiduelle est invoquée. La Cour a indiqué que la mise en balance n’est nécessaire que s’il subsiste une incertitude quant à l’opportunité de l’arrêt des procédures à l’issue des deux premiers volets du test (*Tobiass*, par. 92). Lorsque la catégorie principale est invoquée, il est souvent clair, au moment où le tribunal atteint l’étape de la mise en balance, qu’il n’y a pas eu atteinte à l’équité du procès ou que, en cas d’atteinte à celle-ci, une autre réparation, moindre que l’arrêt des procédures, permettrait de régler la question. Aucune mise en balance n’est nécessaire dans ces circonstances. Dans de rares cas, la conduite de l’État a manifestement empêché en permanence la tenue d’un procès équitable. Dans ces « cas les plus manifestes », la troisième et dernière étape, la mise en balance, ajoute souvent peu de choses à l’analyse, parce que la société n’a aucun intérêt dans la tenue de procès inéquitables.

[41] Par contre, lorsque c’est la catégorie résiduelle qui est invoquée, l’étape de la mise en balance revêt une importance accrue. Si on allègue une atteinte à l’intégrité du système de justice, le tribunal est appelé à décider quelle des deux solutions suivantes assure le mieux l’intégrité du système de justice : l’arrêt des procédures ou la tenue d’un procès en dépit de la conduite contestée. Cette analyse suppose nécessairement une mise en balance. Le tribunal doit prendre en compte des

isolated or reflects a systemic and ongoing problem, the circumstances of the accused, the charges he or she faces, and the interests of society in having the charges disposed of on the merits.<sup>5</sup> Clearly, the more egregious the state conduct, the greater the need for the court to dissociate itself from it. When the conduct in question shocks the community's conscience and/or offends its sense of fair play and decency, it becomes less likely that society's interest in a full trial on the merits will prevail in the balancing process. But in residual category cases, balance must always be considered.

[42] This Court's recent decision in *R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509, attests to the need for balancing when the conduct in question falls solely within the residual category. In *Bellusci*, the accused was assaulted in the back of a van by a prison guard while he was shackled and handcuffed. The accused was charged with assaulting the guard and intimidating a justice system participant. Fish J., writing for a unanimous Court, upheld the trial judge's decision to issue a stay of proceedings for state misconduct falling in the residual category. In doing so, he noted that the trial judge had

appreciated the need to balance the competing interests at play in contemplating a stay of proceedings. He expressly took into account the difficult position of prison guards, the importance to the justice system of ensuring their protection, the seriousness of the charges against the accused, the integrity of the justice system, and the nature and gravity of the violation of Mr. Bellusci's rights. Only then did he conclude that a stay was warranted. [Emphasis added; para. 29.]

<sup>5</sup> At this stage, whether the impugned conduct is a systemic and ongoing problem or lies purely in the past may also become relevant. Where the conduct is ongoing and systemic, it may be more difficult for the court to dissociate itself from it with anything less than a stay.

éléments comme la nature et la gravité de la conduite reprochée — que celle-ci soit un cas isolé ou la manifestation d'un problème systémique et persistant —, la situation de l'accusé, les accusations auxquelles il doit répondre et l'intérêt de la société à ce que les accusations soient jugées au fond<sup>5</sup>. De toute évidence, plus la conduite de l'État est grave, plus il est nécessaire que le tribunal s'en dissocie. Lorsque la conduite en question choque la conscience de la communauté ou heurte son sens du franc-jeu et de la décence, il est peu probable que l'intérêt de la société dans la tenue d'un procès complet sur le fond l'emporte au terme de la mise en balance. Or, dans les cas faisant partie de la catégorie résiduelle, il faut toujours tenir compte de l'équilibre.

[42] L'arrêt récent *R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509, illustre la nécessité d'une mise en balance dans le cas d'une conduite entrant uniquement dans la catégorie résiduelle. Dans cette affaire, l'accusé avait été agressé à l'arrière d'une fourgonnette par un agent de détention alors qu'il était enchaîné et menotté. L'accusé a été inculpé de voies de fait contre l'agent de détention et d'intimidation à l'endroit d'une personne associée au système judiciaire. Rédigeant l'arrêt unanime de la Cour, le juge Fish a confirmé la décision du juge du procès d'ordonner l'arrêt des procédures en raison de la conduite répréhensible d'un représentant de l'État qui entre dans la catégorie résiduelle. Ce faisant, il a signalé que le juge du procès avait

reconn[u] la nécessité de mettre en balance les intérêts en jeu qui s'opposent avant d'ordonner l'arrêt des procédures. Il [a] consid[éré] expressément la difficulté inhérente au travail d'agent de détention, la nécessité que le système de justice assure la protection de ce dernier, la gravité des accusations portées contre l'accusé, l'intégrité du système de justice, ainsi que la nature et la gravité de l'atteinte aux droits de M. Bellusci. Ce n'est qu'à l'issue de cet examen qu'il [a] concl[u] que l'arrêt des procédures [était] justifié. [Je souligne; par. 29.]

<sup>5</sup> La question de savoir si la conduite reprochée constitue un problème systémique et persistant ou est uniquement chose du passé peut également s'avérer pertinente à ce stade. Si la conduite en question se poursuit et est systémique, il peut être plus difficile pour le tribunal de s'en dissocier en optant pour une solution moins draconienne que l'arrêt des procédures.

[43] The Ontario Court of Appeal has also recently emphasized the importance of the balancing stage when the residual category is in issue:

In some sense, an accused who is granted a stay under the residual category realizes a windfall. Thus, it is important to consider if the price of the stay of a charge against a particular accused is worth the gain. Does the advantage of staying the charges against this accused outweigh the interest in having the case decided on the merits? In answering that question, a court will almost inevitably have to engage in the type of balancing exercise that is referred to in the third criterion. [Emphasis added.]

(*R. v. Zarinchang*, 2010 ONCA 286, 99 O.R. (3d) 721, at para. 60)

[44] Undoubtedly, the balancing of societal interests that must take place and the “clearest of cases” threshold presents an accused who seeks a stay under the residual category with an onerous burden. Indeed, in the residual category, cases warranting a stay of proceedings will be “exceptional” and “very rare” (*Tobiass*, at para. 91). But this is as it should be. It is only where the “affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases” that a stay of proceedings will be warranted (*R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667).

[45] To recapitulate, while the framework is the same for both categories, the test may — and often will — play out differently depending on whether the “main” or “residual” category is invoked.

[46] The following hypothetical may serve as a useful illustration. Take a case where it is discovered, after trial, that the police have tampered with the jury in order to secure the conviction of an accused. Manifestly, the police conduct would impinge on the accused’s right to a fair trial — but it would also impinge on the integrity of the justice system.

[43] La Cour d’appel de l’Ontario a également souligné récemment l’importance que revêt l’étape de la mise en balance lorsque la catégorie résiduelle est en jeu :

[TRADUCTION] En un sens, l’accusé qui obtient un arrêt des procédures au titre de la catégorie résiduelle bénéficie d’une aubaine. Il importe donc de se demander si le prix de l’arrêt des procédures contre un accusé en vaut la peine. L’avantage que présente l’arrêt des procédures contre cet accusé l’emporte-t-il sur l’intérêt à ce que l’affaire soit tranchée au fond? Pour répondre à cette question, le tribunal doit presque inévitablement procéder à une mise en balance du type de celle dont il est question au troisième critère. [Je souligne.]

(*R. c. Zarinchang*, 2010 ONCA 286, 99 O.R. (3d) 721, par. 60)

[44] La mise en balance nécessaire des intérêts de la société et le critère des « cas les plus manifestes » imposent sans aucun doute un lourd fardeau à l’accusé qui demande l’arrêt des procédures au titre de la catégorie résiduelle. En fait, les cas faisant partie de la catégorie résiduelle qui justifient l’arrêt des procédures sont « exceptionnels » et « très rares » (*Tobiass*, par. 91). Mais les choses sont comme elles doivent être. Ce n’est que lorsque l’« atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l’intérêt de la société d’assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies » que l’arrêt des procédures est justifié (*R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667).

[45] Bref, bien que le cadre soit le même pour les deux catégories, le test pourra s’appliquer — et s’appliquera souvent — différemment, selon qu’on invoque la catégorie « principale » ou la catégorie « résiduelle ».

[46] La situation hypothétique suivante peut servir d’exemple utile. Prenons le cas où l’on constate, à l’issue du procès, que les policiers ont corrompu le jury pour qu’il déclare l’accusé coupable. Manifestement, la conduite des policiers porterait atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable, mais aussi à l’intégrité du système de justice.

[47] Ordering a new trial would probably redress the unfairness of the original trial. But the inquiry would not end there. The court would also have to decide whether ordering a new trial, or some other remedy, would suffice to dissociate it from the prejudice occasioned to the integrity of the justice system by the police misconduct. If no remedy would suffice, the court would have to engage in the balancing process and determine whether the integrity of the justice system would be better served by a stay of proceedings or a full trial on the merits. Given the seriousness of the misconduct — jury tampering strikes at the very heart of the criminal justice system — the residual category might well necessitate a stay of proceedings to redress the threat to the integrity of the justice system, even though the unfairness that marred the first trial could be cured by a second trial.

B. *Whether a Stay of Proceedings Was Warranted in the Instant Case*

[48] The standard of review for a remedy ordered under s. 24(1) of the *Charter* is well established. Appellate intervention is warranted only where a trial judge misdirects him or herself in law, commits a reviewable error of fact, or renders a decision that is “so clearly wrong as to amount to an injustice” (*Bellusci*, at para. 19; *Regan*, at para. 117; *Tobiass*, at para. 87; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at paras. 15 and 51).

[49] In the instant case, the appellants acknowledge that trial fairness is not in issue. They accept that the trial judge viewed the misconduct as coming within the residual category. Approaching the matter from that perspective, I am respectfully of the view that the trial judge erred in assessing all three forms of alleged state misconduct.

(1) The Medical Records

[50] In order for the Crown’s conduct in securing Mr. Piccirilli’s medical records to factor into a decision to stay proceedings, it must pass the first

[47] La tenue d’un nouveau procès corrigerait vraisemblablement l’iniquité du premier procès, mais l’analyse ne se terminerait pas là. Le tribunal aurait aussi à décider si la tenue d’un nouveau procès ou une autre réparation serait suffisante pour lui permettre de se dissocier du préjudice causé à l’intégrité du système de justice par la conduite répréhensible des policiers. Si aucune réparation n’est adéquate, le tribunal doit procéder à la mise en balance et décider si l’intégrité du système de justice serait mieux servie par un arrêt des procédures ou par un procès complet sur le fond. Vu la gravité de la conduite répréhensible — la corruption du jury va à l’encontre de l’essence même du système de justice pénale — l’arrêt des procédures pourrait fort bien s’imposer dans la catégorie résiduelle pour neutraliser la menace à l’intégrité du système de justice, bien qu’un deuxième procès aurait permis de remédier à l’iniquité ayant entaché le premier.

B. *L’arrêt des procédures était-il justifié en l’espèce?*

[48] La norme de contrôle applicable à une réparation accordée en vertu du par. 24(1) de la *Charte* est bien établie. Une cour d’appel n’est justifiée d’intervenir que si le juge du procès s’est fondé sur des considérations erronées en droit, a commis une erreur de fait susceptible de contrôle ou a rendu une décision « erronée au point de créer une injustice » (*Bellusci*, par. 19; *Regan*, par. 117; *Tobiass*, par. 87; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 15 et 51).

[49] Dans la présente affaire, les appelants reconnaissent que l’équité du procès n’est pas en cause. Ils conviennent que, selon le juge du procès, la conduite répréhensible entre dans la catégorie résiduelle. En abordant la question sous cet angle, j’estime avec égards que le juge du procès a mal apprécié les trois actes répréhensibles qu’auraient commis les représentants de l’État.

(1) Le dossier médical

[50] Pour que la conduite du ministère public consistant à obtenir le dossier médical de M. Piccirilli joue dans la décision d’arrêter les procédures, elle doit

stage of the test. That is, the appellants must show that Ms. Kovacevich's conduct was prejudicial to the integrity of the justice system. The trial judge appears to have found that this requirement was met when, after considering her conduct, he held that [TRANSLATION] "[t]his conduct will be taken into consideration in reviewing the abuse of process motion" (para. 57).

[51] The trial judge committed a palpable and overriding error in reaching the conclusion that this conduct impinged on the integrity of the justice system. In the first place, he erred in concluding that the Crown's conduct was marked by a lack of transparency because the Crown had [TRANSLATION] "always refused to disclose the source of the information" (para. 56). In fact, the Crown disclosed the source of the information within a matter of days. In addition, the trial judge failed to consider that Mr. Piccirilli had put his health in issue in his application for interim release and had undertaken to provide the court with his medical records. The trial judge also failed to consider that Ms. Kovacevich had asked the medical staff at the jail to provide an affidavit explaining the medical care Mr. Piccirilli had received since his heart attack. It appears that Mr. Piccirilli's doctor took it upon himself to forward the appellant's medical records to the Crown.

[52] In my view, when the Crown's conduct is considered free of the trial judge's errors, it is clear that it occasioned no prejudice to the integrity of the justice system. Mr. Piccirilli had put the state of his health in issue. Ms. Kovacevich sought an affidavit from the jail Mr. Piccirilli was being held in. When she received more than she asked for — Mr. Piccirilli's confidential medical records — she immediately disclosed the information to Mr. Piccirilli's counsel. Within a matter of days, she also disclosed the source of the information.<sup>6</sup> Accordingly, the appellants' argument fails at the first stage of the test.

<sup>6</sup> Admittedly, the Crown's initial refusal to disclose the source of the information was bizarre, but this refusal was short-lived.

franchir la première étape du test. Cela veut dire qu'il incombe aux appelants de démontrer que la conduite de M<sup>e</sup> Kovacevich a porté préjudice à l'intégrité du système de justice. Le juge du procès semble avoir conclu que cette condition était remplie quand, après avoir examiné la conduite de la substitut du procureur général, il a affirmé que « [c]e comportement sera pris en considération dans l'évaluation de la requête en abus de procédure » (par. 57).

[51] Le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante en arrivant à la conclusion que ce comportement portait atteinte à l'intégrité du système de justice. Tout d'abord, il a conclu à tort que le ministère public avait manqué de transparence parce qu'il avait « toujours refusé de dévoiler la provenance des renseignements obtenus » (par. 56). En fait, le ministère public l'a dévoilée à peine quelques jours plus tard. De plus, le juge du procès n'a pas tenu compte du fait que M. Piccirilli avait mis en cause sa santé dans sa demande de libération provisoire et s'était engagé à fournir son dossier médical au tribunal. Le juge du procès n'a pas tenu compte non plus du fait que M<sup>e</sup> Kovacevich avait demandé au personnel médical du centre de détention de remettre un affidavit expliquant les soins administrés à M. Piccirilli depuis sa crise cardiaque. C'est le médecin de M. Piccirilli qui a, semble-t-il, pris l'initiative de transmettre le dossier médical de ce dernier au ministère public.

[52] À mon avis, lorsqu'on examine la conduite du ministère public en faisant abstraction des erreurs du juge du procès, il est évident qu'elle n'a aucunement porté préjudice à l'intégrité du système de justice. M. Piccirilli a mis son état de santé en cause. M<sup>e</sup> Kovacevich a demandé un affidavit au personnel du centre de détention où était incarcéré M. Piccirilli. Lorsqu'elle a reçu plus que ce qu'elle avait demandé, en l'occurrence le dossier médical confidentiel de M. Piccirilli, elle a immédiatement communiqué ces renseignements à l'avocat de ce dernier. Elle a aussi dévoilé leur provenance à peine quelques jours plus tard<sup>6</sup>. L'argument des appelants ne franchit donc pas la première étape du test.

<sup>6</sup> Certes, le refus initial du ministère public de dévoiler la provenance des renseignements était étrange, mais il fut de courte durée.

(2) The Police Collusion

[53] The Court of Appeal disagreed with the trial judge's finding that Constables Brière and Sénéchal colluded to mislead the court. I too have serious reservations with the trial judge's finding. Indeed, had I been the trial judge, I doubt that I would have reached the same conclusion. However, having seen the witnesses, the trial judge was in a better position to assess the matter. Accordingly, his finding is entitled to deference.

[54] That said, at the first stage of the test, the officers' conduct must be looked at in context. Cst. Brière changed his testimony on a central issue: whether he or Mr. Babos opened the trunk of the car. He did so, however, after having testified at the preliminary inquiry. As an officer, he surely knew that this change would be the subject of questioning by defence counsel. Changes in an officer's testimony are routinely exposed in cross-examination. And when Cst. Brière was predictably questioned about why his story had changed, he immediately explained that he had spoken with Cst. Sénéchal and had been [TRANSLATION] "convinced" of the true version of events. There was no attempt by the officers to cover up their discussions or to hide anything from the court. To the extent this amounts to collusion, it does so in the most technical sense. Whatever threat it poses to the integrity of the justice system must surely be slight.

[55] However, given the trial judge's finding, it is necessary to proceed to the second stage of the test and ask whether there is another remedy, short of a stay, capable of redressing the prejudice to the integrity of the judicial system occasioned by the collusion.

[56] Two concerns to the integrity of the justice system arise out of the trial judge's finding of collusion: (1) the impropriety of police collusion

(2) La collusion policière

[53] La Cour d'appel a exprimé son désaccord avec la conclusion du juge du procès selon laquelle les policiers Brière et Sénéchal s'étaient concertés pour induire le tribunal en erreur. J'ai aussi de sérieuses réserves au sujet de sa conclusion. En effet, si j'avais été le juge du procès, je ne crois pas que je serais parvenu à la même conclusion. Cependant, comme il a observé les témoins, le juge du procès était mieux placé pour examiner la question. Sa conclusion commande donc la retenue.

[54] Cela dit, à la première étape du test, il faut examiner la conduite des policiers dans son contexte. L'agent Brière a modifié son témoignage sur une question fondamentale : celle de savoir si c'est lui ou M. Babos qui a ouvert le hayon de la voiture. Il l'a toutefois fait après avoir témoigné à l'enquête préliminaire. À titre de policier, il savait sûrement que l'avocat de la défense l'interrogerait à propos de ce changement de version. En effet, les modifications au témoignage d'un policier sont couramment mises en évidence lors du contre-interrogatoire. Or, lorsque l'agent Brière s'est fait demander, comme on pouvait s'y attendre, pourquoi il avait modifié sa version des faits, il a tout de suite expliqué qu'il avait parlé avec l'agent Sénéchal et que ce dernier l'avait « convaincu » de la version exacte des faits. Les policiers n'ont pas tenté de dissimuler leurs entretiens, ni de cacher quoi que ce soit au tribunal. Dans la mesure où leur comportement est assimilable à de la collusion, il l'est au sens le plus technique du terme. Quelle que soit la menace qu'il représente pour l'intégrité du système de justice, c'est assurément une faible menace.

[55] Par contre, vu la conclusion du juge du procès, il faut passer à la deuxième étape du test et se demander si une autre réparation, moindre que l'arrêt des procédures, permettrait de corriger le préjudice causé à l'intégrité du système de justice par la collusion.

[56] Deux problèmes touchant l'intégrité du système de justice se dégagent de la conclusion de collusion tirée par le juge du procès : (1) le caractère

designed to mislead the court, and (2) the Crown's attempt to introduce the firearm against Mr. Piccirilli in the wake of the trial judge's finding of collusion. Manifestly, both are improper. But there was another remedy before the trial judge that would have addressed both, namely: refusing to admit the firearm against Mr. Piccirilli even though he had no standing under s. 8 of the *Charter* to challenge its admissibility. The trial judge erred in failing to consider that alternative.

[57] Excluding the firearm against Mr. Piccirilli would serve to dissociate the court from the officers' collusion and the Crown's misguided attempt, in the face of that finding, to introduce the firearm against Mr. Piccirilli. Both forms of misconduct were intended to achieve the same end — admission of the firearm into evidence. Excluding the firearm against Mr. Piccirilli — even though it was likely admissible against him — purges the problematic evidence from the trial, thereby dissociating the court from the misconduct in question. By doing so, it cannot be said that the misconduct has a lingering effect on the integrity of the justice system. In my view, this remedy fully addresses any prejudice occasioned to the justice system by the impugned conduct. Hence, there is no need to go further in the analysis.

### (3) The Crown's Threatening Conduct

[58] In the end, I view this case as turning on the Crown's threatening conduct.

[59] The distinction between the Crown's conduct in this case and legitimate plea bargaining practices should be made clear at the outset. It is perfectly proper for the Crown to indicate that it will drop certain charges, grounded in the evidence, if the accused pleads guilty. It is also proper for a Crown to advise counsel that if evidence arises at

irrégulier de la collusion policière visant à induire le tribunal en erreur et (2) la tentative du ministère public de produire en preuve l'arme à feu contre M. Piccirilli dans la foulée de cette conclusion. Ces deux actes sont manifestement inopportuns. Pourtant, le juge du procès disposait d'une autre mesure de réparation qui lui aurait permis de remédier à ces deux actes : refuser d'admettre en preuve l'arme à feu contre M. Piccirilli même si l'art. 8 de la *Charte* ne conférait pas à ce dernier qualité pour en contester la recevabilité. Le juge du procès a commis une erreur en négligeant d'examiner cette solution de rechange.

[57] L'exclusion de l'arme à feu à l'égard de M. Piccirilli aurait pour effet de dissocier le tribunal de la collusion des policiers et de la tentative malavisée du ministère public de la produire en preuve contre M. Piccirilli en dépit de la conclusion de collusion. Ces deux actes répréhensibles visaient la même fin : faire admettre l'arme à feu en preuve. Le fait de l'exclure à l'endroit de M. Piccirilli — même si elle était vraisemblablement admissible contre lui — aurait écarté du procès cet élément de preuve problématique, et permis au tribunal de se dissocier de l'acte répréhensible en question. Une fois l'arme à feu exclue, on ne pourrait pas affirmer que l'acte répréhensible a encore une incidence sur l'intégrité du système de justice. À mon avis, cette réparation corrigerait entièrement tout préjudice causé au système de justice par la conduite reprochée. Il n'est donc pas nécessaire de poursuivre l'analyse.

### (3) Le comportement menaçant du ministère public

[58] En définitive, c'est le comportement menaçant du ministère public qui me semble déterminant en l'espèce.

[59] Il faut dès le départ établir clairement la distinction entre la conduite du ministère public en l'espèce et les méthodes légitimes de négociation d'un plaidoyer. Le substitut du procureur général est parfaitement en droit de dire qu'il retirera certaines accusations fondées sur la preuve si l'accusé avoue sa culpabilité. Il est aussi en droit d'aviser l'avocat



the preliminary inquiry that would support additional charges, they may be added to the indictment under s. 574(1)(b) of the *Criminal Code*.<sup>7</sup> Where discussions of this sort occur with counsel after substantial disclosure has been provided, the accused and his or her lawyer are able to make an informed decision as to how to proceed and nothing improper has occurred.

[60] The Crown's conduct in this case was of a different nature. The impugned comments were made early on in the proceedings, before the appellants and their counsel had sufficient disclosure to make an informed decision as to how they wished to proceed. Moreover, in at least one instance, the comments occurred in the presence of one of the appellants, Mr. Piccirilli. And the Crown's language was nothing short of threatening. Mr. Piccirilli was told, for example, that if he did not settle, he was going to be [TRANSLATION] "hit by a train". Put simply, the Crown's threats were intended to pressure the appellants into foregoing their right to a trial.

[61] Without question, the bullying tactic to which Ms. Tremblay resorted was reprehensible and unworthy of the dignity of her office. It should not be repeated by her or any other Crown. In her capacity as a Crown, Ms. Tremblay's role was that of a quasi-judicial officer. Her function was to be "assistant to the Court in the furtherance of justice, and not to act as counsel for any particular person or party" (*Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at p. 25). In threatening to charge Mr. Piccirilli with more offences if he did not plead guilty, Ms. Tremblay betrayed her role as a Crown. Manifestly it is the type of conduct the court should dissociate itself from.

<sup>7</sup> Section 574(1)(b) of the *Criminal Code* allows the Crown to lay additional charges, supported by the evidence that has been adduced at the preliminary inquiry.

de la défense que, si des éléments de preuve présentés à l'enquête préliminaire étayent d'autres accusations, celles-ci seront peut-être ajoutées à l'acte d'accusation en vertu de l'al. 574(1)(b) du *Code criminel*. Dans les cas où le procureur du ministère public a des discussions de ce genre avec l'avocat de la défense après la communication d'une partie importante des renseignements, l'accusé et son avocat sont à même de prendre une décision éclairée sur la marche à suivre, et il n'y a aucune irrégularité.

[60] La conduite du ministère public en l'espèce était toutefois d'une autre nature. Les commentaires qui lui sont reprochés ont été formulés au début des procédures, soit avant que les appelants et leurs avocats n'aient reçu suffisamment de renseignements pour être en mesure de décider de façon éclairée de la stratégie qu'ils voulaient adopter. Qui plus est, les commentaires ont été faits au moins une fois en présence d'un des appelants, M. Piccirilli. En outre, les propos de la substitut du procureur général n'étaient rien de moins que menaçants. M. Piccirilli s'est fait dire notamment que, s'il ne réglait pas, le « train [allait] le frapper ». Autrement dit, les menaces de la substitut du procureur général visaient à faire pression sur les appelants pour qu'ils renoncent à leur droit à un procès.

[61] La tactique d'intimidation à laquelle a eu recours M<sup>e</sup> Tremblay était indubitablement répréhensible et indigne de sa charge. Elle ne doit être utilisée de nouveau ni par M<sup>e</sup> Tremblay, ni par aucun autre substitut du procureur général. À ce titre, M<sup>e</sup> Tremblay exerçait une fonction quasi judiciaire. Son travail consistait à [TRADUCTION] « aider le tribunal à rendre justice, et non à agir comme avocat[e] d'une personne ou d'une partie » (*Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, p. 25). En menaçant M. Piccirilli de l'inculper d'autres infractions s'il n'avouait pas sa culpabilité, M<sup>e</sup> Tremblay a trahi sa fonction de substitut du procureur général. C'est manifestement le genre de conduite dont le tribunal doit se dissocier.

<sup>7</sup> L'alinéa 574(1)(b) du *Code criminel* permet au ministère public de porter des accusations additionnelles qui sont étayées par la preuve présentée à l'enquête préliminaire.

[62] However, the threats must be considered in their context. With respect, the trial judge did not do so. Here, there were several factors which the trial judge failed to consider. With respect, he erred in this regard.

[63] The threats were made more than a year before the trial began. The 18-month long silence of the appellants and their counsel sheds some light on how seriously they took the threats. Had they been taken seriously, one might have expected counsel to respond immediately. Surely the proper course of action was not to sit back for over a year before applying, mid-trial, for a stay of proceedings. Instead, counsel should have confronted Ms. Tremblay and, failing an adequate response by her, brought the matter immediately to the attention of a senior Crown or a judge. That way, Ms. Tremblay could have been removed from the file during the early stages of the proceedings. Be that as it may, as it turned out, she was removed from the case months before the trial started — and it was not until six months after the trial was underway that the threats first came to light.

[64] As indicated, context is essential in considering the seriousness of the threatening conduct. By the time the misconduct came to light, Ms. Tremblay had long since been removed from the case and no longer played any part in it. The trial judge acknowledged this fact but did not consider it to be an attenuating factor because the Crown's office had taken no steps [TRANSLATION] "to remedy or even try to remedy the situation" once the threats were revealed and had instead "remained entrenched in its position" (para. 66). With respect, this observation does not accurately reflect the facts. At the point when the threats first came to light, they were unproven and Ms. Tremblay's health did not allow her to testify.<sup>8</sup> The Crown's office did not condone Ms. Tremblay's actions, but

<sup>8</sup> Fresh evidence was tendered before this Court in which Ms. Tremblay denies ever having made the threats in question. Given the disposition of the appeal, this evidence is irrelevant and there is no need to consider the Crown's motion to adduce it.

[62] Les menaces doivent toutefois être replacées dans leur contexte. Avec égards, le juge du procès ne l'a pas fait. En effet, en l'espèce, le juge du procès a négligé de tenir compte de plusieurs facteurs. En toute déférence, il a commis une erreur à cet égard.

[63] Les menaces ont été proférées plus d'un an avant l'ouverture du procès. Les 18 mois de silence des appelants et de leurs avocats jettent un certain éclairage sur la mesure dans laquelle ils ont pris les menaces au sérieux. Si elles avaient été prises au sérieux, on aurait pu s'attendre à ce que les avocats réagissent sur-le-champ. Il ne convenait assurément pas de ne rien faire pendant plus d'un an avant de demander l'arrêt des procédures au milieu du procès. L'avocat aurait plutôt dû sommer M<sup>e</sup> Tremblay de s'expliquer et, à défaut d'une réponse adéquate de sa part, porter sur-le-champ la question à l'attention d'un des supérieurs de M<sup>e</sup> Tremblay ou d'un juge. Ainsi, il aurait été possible de retirer M<sup>e</sup> Tremblay du dossier dès le début de l'instance. Quoiqu'il en soit, en fin de compte, elle a été retirée du dossier des mois avant le début du procès et c'est seulement six mois après le début du procès que les menaces ont été dévoilées pour la première fois.

[64] Je le rappelle, le contexte est crucial lorsqu'il s'agit d'examiner la gravité du comportement menaçant. Quand la conduite répréhensible a été dévoilée, M<sup>e</sup> Tremblay n'occupait plus et n'intervenait plus dans le dossier depuis longtemps. Le juge du procès a certes pris acte de ce fait, mais il n'a pas considéré que c'était un facteur atténuant, parce que le bureau du substitut du procureur général n'a rien fait « pour remédier ou même tenter de remédier à la situation » après le dévoilement des menaces. Au contraire, ce bureau « s'est cambré dans ses positions » (par. 66). Avec égards, cette observation ne traduit pas fidèlement les faits. Au moment où on a révélé les menaces pour la première fois, elles n'étaient pas établies et l'état de santé de M<sup>e</sup> Tremblay ne lui permettait pas de témoigner<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> On a présenté à la Cour un nouvel élément de preuve dans lequel M<sup>e</sup> Tremblay nie avoir, à quelque moment que ce soit, proféré les menaces en question. Étant donné l'issue du pourvoi, cet élément de preuve n'est pas pertinent et point n'est besoin d'examiner la requête du ministère public en vue de le présenter.

simply left it to the appellants to prove the threats. Surely the Crown's office cannot be faulted for taking that approach, especially in the absence of any evidence suggesting that Ms. Tremblay's conduct was systemic.

[65] Moreover, the trial judge did not consider the passage of time between when the threats were made and when they were first brought to light. He made no mention of this in his reasons. In this regard, while I agree in general with Justice Abella that the passage of time itself cannot "retroactively cure intolerable state conduct" (para. 82), its significance here is that it serves as a yardstick against which to measure just how serious Ms. Tremblay's conduct was perceived by the defence. The fact that defence counsel took no steps for over a year to raise concerns — and then, almost by accident in the context of a s. 11(b) delay motion — sheds important light on this subject. The trial judge erred in failing to take this into account.

[66] Manifestly, Ms. Tremblay's misconduct was serious enough to warrant proceeding to the second stage of the test. That said, in my respectful view, when the mitigating factors which the trial judge failed to consider are taken into account, the trial judge's conclusion that the threats amounted to [TRANSLATION] "an abuse of the worst kind" is simply not borne out (para. 78).

[67] Turning to the second stage of the test, as no argument was made that there was an alternate remedy capable of redressing the particular harm caused to the integrity of the justice system by the threats, I need not finally decide whether such a remedy was available. Instead, I turn to the third stage of the test, namely, whether Ms. Tremblay's conduct was sufficiently egregious to warrant a stay of proceedings.

Le bureau du substitut du procureur général n'a pas cautionné les agissements de M<sup>e</sup> Tremblay, mais il a simplement laissé aux appelants le soin de prouver les menaces. On ne peut certainement pas reprocher au bureau du substitut du procureur général d'avoir procédé de cette façon, surtout en l'absence de preuve laissant croire que M<sup>e</sup> Tremblay agissait systématiquement ainsi.

[65] De surcroît, le juge du procès n'a pas tenu compte du temps écoulé entre le moment où les menaces avaient été proférées et celui où elles avaient été révélées la première fois. Il n'en a d'ailleurs pas parlé dans ses motifs. Bien que je convienne de façon générale à cet égard avec la juge Abella que le passage du temps en soi ne saurait « remédier rétroactivement à une conduite intolérable de l'État » (par. 82), l'importance qu'il revêt en l'espèce tient au fait qu'il sert de jalon pour mesurer le niveau de gravité attribué par la défense à la conduite de M<sup>e</sup> Tremblay. Le fait que l'avocat de la défense n'a pris aucune mesure pendant plus d'un an pour exprimer ses préoccupations — et qu'il les a exprimées de manière presque fortuite dans le cadre d'une requête concernant le délai fondée sur l'al. 11b) — jette un éclairage important à ce sujet. Le juge du procès a commis une erreur en n'en tenant pas compte.

[66] De toute évidence, la conduite répréhensible de M<sup>e</sup> Tremblay était suffisamment grave pour que le tribunal passe à la deuxième étape du test. Cela dit, j'estime avec égards que, si on prend en considération les facteurs atténuants dont le juge du procès n'a pas tenu compte, sa conclusion selon laquelle les menaces ont constitué « un abus des plus graves » n'est tout simplement pas établie (par. 78).

[67] Passons à la deuxième étape du test. Puisque personne n'a soutenu qu'il existait une autre réparation permettant de corriger le préjudice causé à l'intégrité du système de justice par les menaces, je n'ai pas à décider en définitive si une telle réparation existait bel et bien. Je passe plutôt à la troisième étape du test, soit celle de déterminer si la conduite de M<sup>e</sup> Tremblay était suffisamment grave pour justifier l'arrêt des procédures.

[68] The answer lies in the balancing process — an exercise which the trial judge did not undertake. The question at this stage is whether the integrity of the justice system is better preserved by staying the proceedings, or proceeding to a trial in the face of the Crown’s threatening conduct.

[69] This balancing requires weighing the seriousness of the misconduct against the societal interest in having a trial. At this stage, the very serious nature of the charges facing the appellants — 22 charges concerning firearms, illegal drugs, and organized crime — looms large. Society has a profound interest in seeing justice done by having the guilt or innocence of the appellants determined through a full trial on the merits. When the impugned misconduct — threats uttered more than a year before trial by a Crown no longer on the case — is weighed against society’s interest in a trial, I am satisfied that this is not one of the “clearest of cases” where the exceptional remedy of a stay of proceedings is warranted.

[70] The appellants contend that this case is analogous to *United States of America v. Cobb*, 2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587, a case in which this Court upheld a stay of proceedings. In *Cobb*, the accused were facing extradition proceedings from Canada to the United States. They were granted a stay after the American prosecutor on the file hinted to the media that uncooperative fugitives would be subjected to rape in prison, and the judge presiding over their trial in the United States commented that uncooperative defendants would get the maximum jail sentence legally available.

[71] This case is a far cry from *Cobb*. In *Cobb*, the American prosecutor had threatened the accused with sexual violence. Here, the Crown threatened to charge the accused with additional offences if they did not plead guilty. While that was improper, the threats related to something she could have done

[68] La réponse réside dans la mise en balance, un exercice auquel ne s’est pas livré le juge du procès. Il s’agit à cette étape de déterminer si l’intégrité du système de justice est mieux préservée par l’arrêt des procédures ou par la tenue d’un procès malgré le comportement menaçant de la substitut du procureur général.

[69] Cette mise en balance exige que l’on soupèse la gravité de la conduite répréhensible par rapport à l’intérêt de la société dans la tenue d’un procès. Le caractère très grave des accusations portées contre les appelants — 22 accusations relatives aux armes à feu, aux drogues illégales et au crime organisé — revêt une grande importance à cette étape. La société tient énormément à ce que justice soit faite par un tribunal et que la culpabilité ou l’innocence des appelants soit établie au terme d’un procès complet sur le fond. Lorsque la conduite répréhensible attaquée — des menaces proférées plus d’un an avant le procès par une substitut du procureur général n’occupant plus au dossier — est soupesée par rapport à l’intérêt pour la société à ce qu’un procès soit tenu, je ne suis pas convaincu qu’il s’agit de l’un des « cas les plus manifestes » où la réparation exceptionnelle que constitue l’arrêt des procédures est justifiée.

[70] Les appelants soutiennent que la présente affaire s’apparente à *États-Unis d’Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587, une affaire où la Cour a confirmé l’arrêt des procédures. Les accusés dans *Cobb* faisaient l’objet de procédures d’extradition du Canada vers les États-Unis. L’arrêt des procédures leur a été accordé après que le poursuivant américain au dossier a laissé entendre aux médias que les fugitifs refusant de collaborer seraient victimes de viol en prison, et que le juge chargé de présider leur procès aux États-Unis a dit que les défendeurs refusant de collaborer se verraient infliger la peine d’emprisonnement la plus lourde prévue par la loi.

[71] La présente espèce est très différente de l’affaire *Cobb*, dans laquelle le poursuivant américain avait menacé les accusés de violence sexuelle. En l’espèce, la substitut du procureur général a menacé de porter d’autres accusations contre les accusés s’ils n’avoiaient pas leur culpabilité. Malgré

legally under s. 574(1)(b) of the *Criminal Code*. Moreover, the decision to stay the proceedings in *Cobb* was motivated in large part by the fact that the prosecutor who made the threats remained in charge of the prosecutions. This Court noted that extraditing the accused would return them to an “ominous climate” in which the American prosecutor and judge would play a “large, if not decisive role” in determining their “ultimate fate” (*Cobb*, at para. 43). Here, Ms. Tremblay was off the case long before trial. In my view, *Cobb* provides little or no assistance to the appellants.

## VI. Conclusion

[72] In deciding that a stay of proceedings is unwarranted in this case, I have assessed the three forms of alleged misconduct individually. The Crown’s conduct in securing Mr. Piccirilli’s medical records occasioned no prejudice to the integrity of the justice system. The harm caused by the finding of police collusion was curable through an alternate remedy: excluding the firearm from evidence against both appellants. And the Crown’s threatening conduct, while reprehensible, did not approximate the type of shocking conduct needed to justify a stay.

[73] This case lent itself to an individualistic approach. The three alleged instances of misconduct were separate and distinct, committed at different times by different players. There was no link between them. And in only one instance — the Crown’s threatening behaviour — was it necessary to consider the third stage of the test and balance the Crown’s misconduct against society’s interest in a trial on the merits. That said, I should not be taken as suggesting that an individualistic approach should always be followed. Indeed, a judge who is required to balance several instances of misconduct against the societal interest in a trial will almost certainly wish to consider the conduct cumulatively

leur caractère inapproprié, les menaces visaient quelque chose qu’elle aurait pu faire à bon droit en vertu de l’al. 574(1)b) du *Code criminel*. Par ailleurs, la décision d’arrêter les procédures dans *Cobb* était motivée en grande partie par le fait que le poursuivant ayant proféré les menaces est demeuré responsable des poursuites. En effet, dans cette affaire, la Cour a souligné que, s’ils étaient extradés, les accusés feraient face à un « climat [ . . . ] hostile » dans lequel le poursuivant et le juge américains joueraient un « rôle important, voire décisif », dans la détermination de leur « sort ultime » (*Cobb*, par. 43). En l’espèce, M<sup>e</sup> Tremblay a cessé d’occuper dans le dossier bien avant l’ouverture du procès. À mon sens, *Cobb* n’aide guère, voire pas du tout, la cause des appelants.

## VI. Conclusion

[72] Pour décider que l’arrêt des procédures est injustifié en l’espèce, j’ai étudié séparément les trois actes répréhensibles allégués. La conduite du ministère public consistant à obtenir le dossier médical de M. Piccirilli n’a aucunement porté préjudice à l’intégrité du système de justice. Quant au tort causé par la conclusion de collusion policière, il était possible d’y remédier en accordant une autre mesure de réparation, soit l’exclusion de l’arme à feu de la preuve présentée contre les deux appelants. Finalement, le comportement menaçant du ministère public, quoique répréhensible, ne se rapprochait pas du type de conduite choquante nécessaire pour justifier l’arrêt des procédures.

[73] La présente affaire se prêtait à une approche fractionnée. Les trois actes répréhensibles reprochés étaient distincts et ils ont été commis à des moments différents par des auteurs différents. Il n’y avait aucun lien entre eux. En outre, c’est dans un seul des cas, soit le comportement menaçant de la substitut du procureur général, qu’il fallait passer à la troisième étape du test et mettre en balance la conduite répréhensible du ministère public, d’une part, et l’intérêt pour la société qu’un procès soit tenu sur le fond, d’autre part. Cela dit, je n’affirme pas que l’on devrait toujours adopter une telle approche fractionnée. En effet, le juge tenu de mettre en balance plusieurs incidents d’inconduite

and in its full context. As well, there may be cases where the nature and number of incidents, though individually unworthy of a stay, will require one when considered together. But this is not such a case.

[74] For these reasons, I would dismiss the appeals.

The following are the reasons delivered by

[75] ABELLA J. (dissenting) — A stay should only be imposed in the clearest of cases, as Justice Moldaver points out, since it has the effect of precluding proceedings which determine the merits of a case, something to which the public — and the parties — are entitled. But the public is also entitled to have confidence in the integrity of the justice system. A Crown who makes threats intended to bully an accused into foregoing his or her right to a trial, takes fatal aim at the heart of the public's confidence in that integrity.

#### Analysis

[76] A stay may be justified for an abuse of process under the residual category when the state's conduct "contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process" (*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 73). A stay may be justified, in exceptional circumstances, when the conduct "is so egregious that the mere fact of going forward [with the trial] in the light of it [would] be offensive" (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 91).

[77] There are two public interests at play: "the affront to fair play and decency" and "the effective prosecution of criminal cases". Where the affront is "disproportionate", the administration of justice is "best served by staying the proceedings" (*R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667).

et l'intérêt de la société dans la tenue d'un procès voudra presque assurément examiner la conduite globalement et dans son contexte intégral. De plus, il peut y avoir des cas où la nature et le nombre des incidents considérés globalement nécessiteraient l'arrêt des procédures même si, pris isolément, ils ne le justifieraient pas. Mais tel n'est pas le cas ici.

[74] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Version française des motifs rendus par

[75] LA JUGE ABELLA (dissidente) — L'arrêt des procédures ne doit être ordonné que dans les cas les plus manifestes, comme le souligne le juge Moldaver, puisqu'il a pour effet d'empêcher la tenue d'un procès qui tranche l'affaire sur le fond, ce à quoi ont droit le public et les parties. Cependant, le public est aussi en droit d'avoir confiance dans l'intégrité du système de justice. Le substitut du procureur général qui profère des menaces dans le but d'intimider l'accusé pour qu'il renonce à son droit à un procès porte un coup fatal au cœur de la confiance du public dans cette intégrité.

#### Analyse

[76] En cas d'abus de procédure, l'arrêt des procédures peut se justifier s'agissant de la catégorie résiduelle dans les cas où la conduite de l'État « contrev[ie]nt aux notions fondamentales de justice et [. . .] min[e] ainsi l'intégrité du processus judiciaire » (*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 73). L'arrêt des procédures peut se justifier dans des cas exceptionnels, lorsque la conduite « est si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant » (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 91).

[77] Deux intérêts publics entrent en jeu : « l'atteinte au franc-jeu et à la décence » et l'intérêt à ce que « les infractions criminelles soient efficacement poursuivies ». Lorsque l'atteinte est « disproportionnée », l'administration de la justice est « mieux servie par l'arrêt des procédures » (*R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667).

[78] In other words, when the conduct is so profoundly and demonstrably inconsistent with the public perception of what a fair justice system requires, proceeding with a trial means condoning unforgivable conduct.

[79] The Crown who is the focus of this appeal threatened one of the co-accused, Sergio Piccirilli, on three separate occasions. The threats were made twice to Mr. Piccirilli personally and once to his lawyer. All were to the effect that if Mr. Piccirilli did not plead guilty, he would be charged with additional, serious offences. By the time the trial started several months after the last threat, the Crown was on medical leave and a new Crown was assigned to the case. New charges were in fact brought.

[80] The trial judge concluded that the Crown's conduct was in "bad faith", "unacceptable", "intolerable", "unjustifiable", and was one of the "exceptional and rare cases" that justified a stay.

[81] The Court of Appeal agreed that the threats were "unacceptable" and "outrageous", but found that the trial judge erred in imposing a stay because he did not undertake a sufficient balancing or sufficiently consider the context. That context included the fact that the threats were made more than a year before the trial began, that counsel did not react immediately, and that the Crown was replaced for health reasons months before the trial started. In other words, the impact of the threats was mitigated by the passage of time and the change in personnel.

[82] With great respect, however, the passage of time does not operate to attenuate what was unpardonable conduct. Time is not a legal remedy for a fundamental breach of the Crown's role, and cannot retroactively cure intolerable state conduct. The reason, therefore, that the trial judge did not

[78] Autrement dit, lorsque la conduite est si profondément et manifestement incompatible avec ce qu'exige, aux yeux du public, un système de justice équitable, la tenue d'un procès revient à tolérer une conduite impardonnable.

[79] La substitut du procureur général sur qui porte principalement le présent pourvoi a menacé un des accusés, Sergio Piccirilli, à trois occasions distinctes. Les menaces ont été adressées deux fois à M. Piccirilli en personne et une fois à son avocat. Selon toutes ces menaces, M. Piccirilli serait accusé d'autres infractions graves s'il ne plaiderait pas coupable. À l'ouverture du procès, plusieurs mois après la dernière menace, la substitut du procureur général était en congé de maladie et une nouvelle procureure avait été affectée au dossier. De nouvelles accusations ont effectivement été déposées.

[80] Le juge du procès a conclu que le comportement de la substitut du procureur général était « fait de mauvaise foi », « inacceptable », « intolérabl[e] », « injustifiable », et que c'était un des « cas exceptionnels et rares » où l'arrêt des procédures se justifiait.

[81] La Cour d'appel a elle aussi jugé que les menaces étaient « inacceptable[s] » et « outrageante[s] », mais elle a conclu que le juge du procès avait fait erreur en ordonnant l'arrêt des procédures parce qu'il n'avait ni procédé à une mise en balance adéquate, ni tenu compte suffisamment du contexte. Ce contexte comprenait le fait que les menaces remontaient à plus d'un an avant le début du procès, que l'avocat n'avait pas réagi sur-le-champ, et que la substitut du procureur général avait été remplacée pour des raisons de santé des mois avant l'ouverture du procès. Autrement dit, le passage du temps et le changement de personnel auraient atténué l'incidence des menaces.

[82] Or, avec égards, le passage du temps n'a pas pour effet d'atténuer ce qui constitue une conduite impardonnable. Le temps n'est pas une réparation prévue par la loi en cas de manquement fondamental à la fonction du ministère public, et il ne saurait remédier rétroactivement à une conduite

mention the passage of time in assessing the impact of the threats on the public's confidence in a fair justice system, is that it was not relevant. It was the fact that the threats were made at all that was key, not when they were made (*United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616).

[83] Moreover, I am not persuaded that a balancing exercise was required here. The trial judge was unequivocal in concluding that the abuse justified a stay. There was none of the uncertainty as to the propriety of a stay that this Court said was a condition precedent to the need for a balancing exercise (*Tobiass*, at para. 92; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 57).

[84] But in any event, it is not at all clear to me how one goes about such a balancing. When a trial judge has concluded that conduct is “so egregious that the mere fact of going forward in the light of it will be offensive” (*Tobiass*, at para. 91), against what does one balance that singularly egregious state conduct? When a trial judge has found that the conduct cannot be condoned because it is such an exceptional assault on the public's sense of justice, it seems to me to be conceptually inconsistent to nonetheless ask the court to undermine its own conclusion by re-weighing the half of the scale that contains the public's interest in trials on the merits. It is one thing to require that trial judges look at the “competing interests at play” (*R. v. Bellusci*, [2012] 2 S.C.R. 509, at para. 29) before concluding that the state conduct could not be condoned, but how, having concluded that it could not be condoned, can such conduct be subjected to yet *another* balancing of factors to determine whether it is nonetheless pardonable?

[85] Of course the public has an interest in trials on the merits, but it has an even greater interest in knowing that when the state is involved in proceedings, particularly those that can result in an individual's loss of liberty, it will put fairness above

intolérable de l'État. Par conséquent, le fait que le juge du procès n'a pas mentionné le passage du temps lorsqu'il a évalué l'incidence des menaces sur la confiance du public dans un système de justice équitable découle précisément du fait que ce n'était pas pertinent. C'est la profération des menaces en tant que telle qui était déterminante, et non le moment où elles ont été proférées (*États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616).

[83] Par ailleurs, je ne suis pas convaincue qu'une mise en balance s'imposait en l'espèce. Le juge du procès a conclu sans équivoque que l'abus justifiait l'arrêt des procédures. On ne retrouvait aucunement dans la présente affaire l'incertitude quant au bien-fondé de l'arrêt des procédures qui, selon la Cour, constitue une condition préalable au besoin de procéder à une mise en balance (*Tobiass*, par. 92; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 57).

[84] Quoi qu'il en soit, je ne vois pas du tout comment cette mise en balance devrait se faire. Lorsque le juge du procès conclut qu'une conduite est « si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant » (*Tobiass*, par. 91), avec quoi faut-il mettre en balance cette conduite particulièrement grave de l'État? Lorsque le juge du procès conclut à l'impossibilité de tolérer la conduite en question parce qu'elle choque aussi profondément le sens de la justice du public, il me paraît conceptuellement illogique de demander malgré tout au tribunal d'affaiblir sa propre conclusion en pesant de nouveau le côté de la balance où se trouve l'intérêt du public dans la tenue d'un procès sur le fond. C'est une chose d'exiger du juge du procès qu'il considère les « intérêts en jeu qui s'opposent » (*R. c. Bellusci*, [2012] 2 R.C.S. 509, par. 29) avant de conclure à l'impossibilité de tolérer la conduite de l'État, mais comment, après avoir tiré cette conclusion, le juge peut-il soumettre pareille conduite à une *autre* mise en balance des facteurs afin de déterminer si elle est néanmoins pardonnable?

[85] Certes, le public a intérêt à ce qu'il y ait des procès sur le fond, mais il a bien davantage intérêt à savoir que l'État privilégie l'équité aux dépens de la célérité lorsqu'il participe à des procédures, notamment celles susceptibles d'entraîner la perte



expedience. Justice is not only about results, it is about how those results are obtained. When a Crown threatens an accused with additional offences if he or she does not plead guilty, the public's interest in the results of a trial must yield to the transcendent interest in protecting the public's confidence in the integrity of the justice system.

[86] In *Bellusci*, this Court cautioned appellate courts to exercise restraint with respect to the findings of the trial judge, intervening only if the trial judge “misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice” (para. 17; see also *Regan*, at para. 117; *Tobiass*, at para. 87). There was no such misdirection or injustice here. On the contrary, the trial judge concluded that a stay was justified in order to *prevent* an injustice to the justice system itself. I agree.

[87] I would allow the appeals.

*Appeals dismissed, ABELLA J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant Antal Babos: Étude Légale Franco Schiro, Montréal.*

*Solicitors for the appellant Sergio Piccirilli: Pilon & Associés, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Montréal and Ottawa.*

de liberté. La justice ne se limite pas aux résultats, elle s'étend aussi à la manière de les atteindre. Lorsqu'un substitut du procureur général menace l'accusé de porter d'autres accusations contre lui s'il n'avoue pas sa culpabilité, l'intérêt du public dans l'issue d'un procès doit céder le pas à l'intérêt transcendant d'assurer la confiance du public dans l'intégrité du système de justice.

[86] Dans l'arrêt *Bellusci*, la Cour a souligné à l'intention des tribunaux d'appel l'importance de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions du juge du procès et de n'intervenir que si ce dernier « s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice » (par. 17; voir aussi *Regan*, par. 117; *Tobiass*, par. 87). Il n'y a eu ni erreur, ni injustice de ce genre en l'espèce. Au contraire, le juge du procès a conclu que l'arrêt des procédures se justifiait pour *empêcher* que le système de justice lui-même subisse une injustice. Je suis d'accord.

[87] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois.

*Pourvois rejetés, la juge ABELLA est dissidente.*

*Procureurs de l'appellant Antal Babos : Étude Légale Franco Schiro, Montréal.*

*Procureurs de l'appellant Sergio Piccirilli : Pilon & Associés, Montréal.*

*Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Montréal et Ottawa.*

**Alvin Daniel Waite** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. WAITE**

**2014 SCC 17**

File No.: 35499.

2014: February 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Charge to jury — Appellant and co-accused tried and convicted together for murder — Trial judge not required to specifically direct jury to acquit both accused if unable to decide which one committed murder — Trial judge properly explaining to jury the relationship between intoxication defence and mens rea required for aiding and abetting second degree murder — Trial judge not required to instruct jury that it could rely on out-of-court statements made by appellant's co-accused as evidence of their truth.*

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Edwards*, 2004 BCCA 558, 205 B.C.A.C. 42; *R. v. J.F.*, 2013 SCC 12, [2013] 1 S.C.R. 565.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Conrad, Martin and Rowbotham JJ.A.), 2013 ABCA 257, 81 Alta. L.R. (5th) 289, 556 A.R. 129, [2013] A.J. No. 740 (QL), 2013 CarswellAlta 1157, upholding the accused's conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

*C. John Hooker and Eleanor Funk*, for the appellant.

**Alvin Daniel Waite** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. WAITE**

**2014 CSC 17**

N° du greffe : 35499.

2014 : 21 février.

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

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

*Droit criminel — Exposé au jury — Appellant et coaccusé poursuivis pour meurtre et déclarés conjointement coupables de l'infraction — Absence d'obligation pour la juge du procès de dire expressément aux jurés qu'ils doivent acquitter les deux accusés s'ils sont incapables de décider lequel des deux a commis le meurtre — Explications adéquates de la juge du procès au jury quant au lien entre la défense d'ivresse et la mens rea requise pour l'infraction d'avoir aidé et encouragé quelqu'un à commettre un meurtre au deuxième degré — Absence d'obligation pour la juge du procès de dire aux jurés qu'ils peuvent s'appuyer sur des déclarations extrajudiciaires du coaccusé de l'appellant comme preuves de la véracité de leur contenu.*

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Edwards*, 2004 BCCA 558, 205 B.C.A.C. 42; *R. c. J.F.*, 2013 CSC 12, [2013] 1 R.C.S. 565.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Conrad, Martin et Rowbotham), 2013 ABCA 257, 81 Alta. L.R. (5th) 289, 556 A.R. 129, [2013] A.J. No. 740 (QL), 2013 CarswellAlta 1157, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

*C. John Hooker et Eleanor Funk*, pour l'appellant.

*Jolaine Antonio and Matt Dalidowicz*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — On this appeal as of right, the appellant raises three questions of law on which a judge of the Alberta Court of Appeal dissented. Two of them can be dealt with summarily. First, the appellant submits that the trial judge was required as part of her instructions on reasonable doubt to specifically direct the jury that they had to acquit both accused if they could not decide which accused had committed the murder. Second, the appellant submits that the trial judge failed to properly explain to the jury the relationship between the intoxication defence and the *mens rea* required for aiding and abetting in second degree murder. For the reasons given by Rowbotham J.A. in the Court of Appeal, we would not give effect to these grounds.

[2] The third ground of appeal relates to certain out-of-court statements made by the appellant's co-accused and which the Crown introduced into evidence against the co-accused as party admissions. The appellant submits that the trial judge erred by failing to instruct the jury that it could rely on those statements for their truth in determining their verdict in relation to the appellant.

[3] We would not give effect to this argument. The general rule is that out-of-court statements by a party may be adduced as evidence of their truth by an opposite party. But, as the trial judge instructed the jury, statements admitted on that basis may in general be used only in deciding the case of the accused who made the statements. The trial judge gave this standard instruction with the express agreement of trial counsel. She did not err in doing so. The appellant's counsel at trial did not seek to adduce the co-accused's out-of-court statements for their truth as part of the appellant's case under the

*Jolaine Antonio et Matt Dalidowicz*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Dans le présent appel de plein droit, l'appelant soulève trois questions de droit sur lesquelles une juge de la Cour d'appel de l'Alberta a exprimé sa dissidence. Deux de ces questions peuvent être tranchées sommairement. Premièrement, l'appelant soutient que la juge du procès était tenue, dans ses directives sur le doute raisonnable, de dire expressément aux jurés qu'ils devaient acquitter les deux accusés s'ils étaient incapables de décider lequel de ceux-ci avait commis le meurtre. Deuxièmement, l'appelant prétend que la juge du procès n'a pas expliqué adéquatement au jury le lien entre la défense d'ivresse et la *mens rea* requise pour l'infraction d'avoir aidé et encouragé quelqu'un à commettre un meurtre au deuxième degré. Pour les motifs exposés par la juge Rowbotham de la Cour d'appel, nous sommes d'avis de rejeter ces moyens d'appel.

[2] Le troisième moyen d'appel porte sur certaines déclarations extrajudiciaires faites par le co-accusé de l'appelant et que le ministère public a déposées en preuve contre le co-accusé en tant qu'aveux. L'appelant plaide que la juge du procès a fait erreur en omettant de dire aux jurés que, pour rendre leur verdict à l'égard de l'appelant, ils pouvaient s'appuyer sur ces déclarations comme preuves de la véracité de leur contenu.

[3] Cet argument ne peut selon nous être retenu. Selon la règle générale, les déclarations extrajudiciaires d'une partie peuvent être produites en preuve par une partie adverse comme preuves de la véracité de leur contenu. Mais, comme l'a dit au jury la juge du procès, en général les déclarations admises en preuve sur cette base peuvent être utilisées uniquement pour décider du sort de leur auteur. Elle a formulé cette directive standard avec l'assentiment exprès des avocats au procès. Elle n'a pas commis d'erreur en le faisant. Au procès, l'avocat de l'appelant n'a pas tenté, dans le

principled approach to the hearsay rule or on any other basis.

[4] There appears to be nothing that would have prevented the appellant from attempting to have these statements considered for their truth under the principled approach to the hearsay rule. However, no such attempt was made here. There was, therefore, no basis raised for the judge to give the instruction now sought. We note that *R. v. Edwards*, 2004 BCCA 558, 205 B.C.A.C. 42, in which one accused adduced in evidence as part of his case an inculpatory out-of-court statement by a co-accused, gives rise to different issues which we do not have to address here.

[5] While that is sufficient to address the legal issues on which the dissent in the Court of Appeal was based, we also observe that the statements made by the appellant and his co-accused were highly unreliable on their face and tended, in any event, to incriminate both of them. There is no suggestion that defence counsel not pursuing the admissibility of these statements as evidence of their truth by virtue of the principled approach to hearsay or seeking a severance so that the co-accused would be a compellable witness were anything other than reasonable tactical decisions. No basis has been shown to permit the appellant to revisit these matters on appeal: see *R. v. J.F.*, 2013 SCC 12, [2013] 1 S.C.R. 565, at para. 68.

[6] For these reasons, the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Lord, Russell, Tyndale, Hoare, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.*

cadre de la défense de son client, de présenter les déclarations extrajudiciaires du co-accusé comme preuves de la véracité de leur contenu en vertu de l'approche raisonnée en matière de oui-dire ou de quelque autre fondement.

[4] Il semble que rien n'empêchait l'appelant de tenter de soumettre ces déclarations comme preuves de la véracité de leur contenu suivant cette approche. Or, aucune tentative de la sorte n'a été faite en l'espèce. Il ne s'est donc rien produit qui aurait justifié la juge de formuler la directive sollicitée aujourd'hui. Soulignons que l'affaire *R. c. Edwards*, 2004 BCCA 558, 205 B.C.A.C. 42, où un accusé a produit en preuve pour sa défense la déclaration incriminante de son co-accusé, soulève des questions différentes, que nous n'avons pas à examiner en l'espèce.

[5] Bien que ce qui précède suffise pour trancher les questions de droit sur lesquelles reposait la dissidence en Cour d'appel, nous tenons également à souligner que les déclarations de l'appelant et de son co-accusé étaient en apparence très peu fiables et tendaient, en tout état de cause, à les incriminer tous les deux. Personne ne prétend que constituait autre chose que des décisions tactiques raisonnables le fait pour l'avocat de la défense de ne pas avoir sollicité l'admission de ces déclarations comme preuves de la véracité de leur contenu suivant l'approche raisonnée en matière de oui-dire, ou la tenue d'un procès distinct pour que le co-accusé devienne un témoin contraignable. Aucune raison justifiant de permettre à l'appelant de réexaminer ces questions en appel n'a été démontrée : voir *R. c. J.F.*, 2013 CSC 12, [2013] 1 R.C.S. 565, par. 68.

[6] Pour ces motifs, l'appel est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Lord, Russell, Tyndale, Hoare, Calgary.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de Alberta, Calgary.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Jeffery Lea Hogg** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. HOGG**

**2014 SCC 18**

File No.: 35504.

2014: February 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR PRINCE EDWARD ISLAND

*Criminal law — Evidence — Assessment — Burden of proof — Evidence at trial consisting almost exclusively of diametrically opposed testimony of accused and complainant — Trial judge finding accused not credible and rejecting all his evidence — Accused convicted — Majority of Court of Appeal erred in holding that conviction based on faulty application of burden of proof — Conviction restored.*

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Court of Appeal (Jenkins C.J. and McQuaid and Murphy JJ.A.), 2013 PECA 11, 339 Nfld. & P.E.I.R. 127, 300 C.C.C. (3d) 435, 2013 CarswellPEI 30, [2013] P.E.I.J. No. 21 (QL), setting aside the conviction for sexual assault entered by Taylor J., 2012 PESC 30, 2012 CarswellPEI 51, [2012] P.E.I.J. No. 57 (QL), and ordering a new trial. Appeal allowed.

*Gerald K. Quinn, Q.C.*, and *Henry S. Brown, Q.C.*, for the appellant.

*Mitchell T. MacLeod* and *Jonathan Melo*, for the respondent.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Jeffery Lea Hogg** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. HOGG**

**2014 CSC 18**

N° du greffe : 35504.

2014 : 21 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

*Droit criminel — Preuve — Appréciation — Fardeau de preuve — Preuve produite au procès constituée presque exclusivement des témoignages diamétralement opposés de l'accusé et de la plaignante — Accusé jugé non crédible par le juge du procès qui a rejeté l'ensemble de son témoignage — Accusé déclaré coupable — Erreur commise par les juges majoritaires de la Cour d'appel lorsqu'ils ont conclu que la déclaration de culpabilité avait été fondée sur une application erronée des règles relatives au fardeau de preuve — Déclaration de culpabilité rétablie.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard (le juge en chef Jenkins et les juges McQuaid et Murphy), 2013 PECA 11, 339 Nfld. & P.E.I.R. 127, 300 C.C.C. (3d) 435, 2013 CarswellPEI 30, [2013] P.E.I.J. No. 21 (QL), qui a annulé la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle inscrite par le juge Taylor, 2012 PESC 30, 2012 CarswellPEI 51, [2012] P.E.I.J. No. 57 (QL), et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

*Gerald K. Quinn, c.r.*, et *Henry S. Brown, c.r.*, pour l'appelante.

*Mitchell T. MacLeod* et *Jonathan Melo*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We agree with the conclusion reached by McQuaid J.A., dissenting in the Court of Appeal, that the trial judge did not err in his application of the burden of proof, and there was therefore no basis for appellate intervention. The appeal is allowed and the conviction restored.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.*

*Solicitors for the respondent: MacLeod Law Office, Charlottetown.*

Version française du jugement rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous souscrivons à la conclusion tirée par le juge McQuaid, dissident à la Cour d'appel, portant que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en appliquant le fardeau de la preuve et qu'il n'y a donc pas matière à intervention en appel. Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.*

*Procureurs de l'intimé : MacLeod Law Office, Charlottetown.*

**Craig Jaret Hutchinson** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Canadian HIV/AIDS Legal Network and HIV & AIDS Legal Clinic Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. HUTCHINSON**

**2014 SCC 19**

File No.: 35176.

2013: November 8; 2014: March 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Criminal law — Offences — Sexual assault — Consent — Complainant consenting to sexual activity with male partner unaware that he had sabotaged condom — Whether evidence establishing that there was no voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question or whether complainant's apparent consent was vitiated by fraud — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 273.1(1).*

The complainant agreed to sexual activity with her partner, H, insisting that he use a condom in order to prevent conception. Unknown to her, H had poked holes in the condom and the complainant became pregnant. H was charged with aggravated sexual assault. The trial judge found that the complainant had not consented to unprotected sex and convicted H of sexual assault. On appeal, the majority upheld the conviction on the basis that condom protection was an “essential feature” of the sexual activity, and therefore the complainant did not consent to the “sexual activity in question”. The dissenting judge held that there was consent to the “sexual activity in question”, but that a new trial was required to determine whether consent was vitiated by fraud.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Wagner JJ.: The *Criminal Code* sets out a two-step

**Craig Jaret Hutchinson** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. HUTCHINSON**

**2014 CSC 19**

N° du greffe : 35176.

2013 : 8 novembre; 2014 : 7 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit criminel — Infractions — Agression sexuelle — Consentement — Consentement de la plaignante à une activité sexuelle avec un partenaire masculin sans savoir qu'il avait saboté le condom — La preuve établit-elle l'absence de l'accord volontaire de la plaignante à l'activité sexuelle ou l'accord apparent de la plaignante a-t-il été vicié par la fraude? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)(c), 273.1(1).*

La plaignante a consenti à une activité sexuelle avec son partenaire, H, en insistant pour qu'il utilise un condom afin de prévenir une grossesse. À son insu, H a percé des trous dans le condom et la plaignante est tombée enceinte. H a été accusé d'agression sexuelle grave. Le juge du procès a conclu que la plaignante n'avait pas consenti à des rapports sexuels non protégés et a déclaré H coupable d'agression sexuelle. En appel, les juges majoritaires ont maintenu la déclaration de culpabilité au motif que l'utilisation du condom constituait une « caractéristique essentielle » de l'activité sexuelle et que, pour cette raison, la plaignante n'y avait pas consenti. Le juge dissident a conclu qu'il y avait eu consentement à l'activité sexuelle, mais qu'un nouveau procès était nécessaire pour déterminer si ce consentement avait été vicié par la fraude.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Wagner : Le *Code criminel* établit une analyse

process for analyzing consent to sexual activity. The first step is to determine whether the evidence establishes that there was no “voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question” under s. 273.1(1) and it requires proof that the complainant did not voluntarily agree to the touching, its sexual nature, or the identity of the partner. If the complainant consented, or her conduct raises a reasonable doubt about the lack of voluntary agreement to the sexual activity in question, the second step is to consider under ss. 265(3) and 273.1(2) whether there are any circumstances that may vitiate the complainant’s ostensible consent or participation. In this case, the main issue is whether condom sabotage resulted in there being no “voluntary agreement by the complainant to engage in the sexual activity in question” under s. 273.1(1) or whether the condom sabotage constituted fraud under s. 265(3)(c), with the result that no consent was obtained. Resolving this issue requires the Court to determine the meaning of the “sexual activity in question” in s. 273.1(1).

There are essentially two approaches to determining the meaning of what constitutes voluntary agreement to the sexual activity in question and the role of mistake or deception in determining whether such agreement existed. The first approach defines the “sexual activity in question” as extending beyond the basic sexual activity the complainant thought she was consenting to at the time to conditions and qualities of the act or risks and consequences flowing from it, provided these conditions are “essential features” of the sexual activity or go to “how” the physical touching was carried out. The second approach defines “the sexual activity in question” more narrowly as the basic physical act agreed to at the time, its sexual nature, and the identity of the partner. If the complainant subjectively agreed to the partner’s touching and its sexual nature, voluntary agreement is established under s. 273.1(1). That voluntary agreement, however, may not be legally effective.

The primary tools of statutory construction including the plain words of the provisions, the scheme of the provisions and the legislative history support a narrow interpretation of the basic definition of consent in s. 273.1(1). The jurisprudence and the provisions also support this interpretation. This Court has interpreted the fraud provision in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code* in the context of HIV non-disclosure cases: *Cuerrier*; *Mabior*. The adoption of the “essential features”/“how the act was carried out” approach would be inconsistent

en deux étapes pour décider s’il y a eu consentement à une activité sexuelle. La première étape consiste à déterminer si la preuve démontre l’absence d’« accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle » aux termes du par. 273.1(1) et exige la preuve que le plaignant n’a pas donné son accord volontaire aux contacts, à leur nature sexuelle ou à l’identité du partenaire. Si le plaignant a consenti, ou encore si son comportement fait naître un doute raisonnable quant à l’absence de consentement à l’activité sexuelle, il faut passer à la seconde étape et se demander, en application des par. 265(3) et 273.1(2), s’il existe des circonstances ayant pu vicier le consentement apparent du plaignant ou sa participation. En l’espèce, la principale question à trancher est celle de savoir si le sabotage du condom a eu pour effet d’entraîner une absence d’« accord volontaire de la plaignante à l’activité sexuelle » aux termes du par. 273.1(1) ou si ce sabotage a constitué une fraude au regard de la disposition prévue à l’al. 265(3)c), avec pour résultat qu’il n’y a pas eu consentement. Pour répondre à cette question, la Cour doit dégager le sens de l’expression « l’activité sexuelle » au par. 273.1(1).

Il existe essentiellement deux approches pour déterminer ce que signifie un accord volontaire à l’activité sexuelle et le rôle que joue l’erreur ou la tromperie lorsqu’il s’agit de déterminer si un tel accord a été donné. Dans le cadre de la première approche, la définition de l’expression « l’activité sexuelle » n’englobe pas que la seule activité sexuelle à laquelle la plaignante croyait consentir au moment pertinent, mais également les conditions et les caractéristiques de l’acte ou encore les risques et les conséquences en découlant, pourvu que ces conditions constituent des « caractéristiques essentielles » de l’activité sexuelle ou concernent la « façon » dont les contacts physiques se sont déroulés. La deuxième approche définit plus étroitement « l’activité sexuelle » comme étant essentiellement l’acte physique dont il a été convenu au moment pertinent, la nature sexuelle de cet acte et l’identité du partenaire. Si la plaignante a subjectivement consenti à ce que son partenaire la touche ainsi qu’à la nature sexuelle de ces contacts, l’accord volontaire est établi pour l’application du par. 273.1(1). Toutefois, cet accord volontaire peut être sans effet en droit.

Les principales méthodes d’interprétation législatives, y compris celles fondées sur le sens ordinaire des mots utilisés par le législateur, sur l’économie de la loi et sur l’historique législatif militent en faveur d’une interprétation étroite de la définition générale du terme consentement au par. 273.1(1). La jurisprudence et les dispositions législatives pertinentes appuient aussi cette interprétation. La Cour a interprété la disposition relative à la fraude énoncée à l’al. 265(3)c) du *Code criminel* dans des affaires où l’accusé n’avait pas dévoilé sa



with the approach adopted in *Cuerrier* and *Mabior* and would put the outcome in those cases in question. Under the “essential features”/“how the act was carried out” approach, mistakes — they need not be deceptions — about conditions and qualities of the physical act will result in a finding of no consent under s. 273.1(1) even in the absence of risk of harm. For example, there would be no consent found under s. 273.1(1) in cases involving deception about HIV status, even where the accused had a low viral load and condom protection was used. Finally, adopting the “essential features” or “how the physical act was carried out” approach would re-introduce a vague and unclear test for consent, and could also criminalize conduct that lacks the necessary reprehensible character, casting the net of the criminal law too broadly.

Properly interpreted, voluntary agreement to the sexual activity in question in s. 273.1(1) means that the complainant must subjectively agree to the *specific* physical act itself, its sexual nature and the specific identity of the partner. The “sexual activity in question” does not include conditions or qualities of the physical act, such as birth control measures or the presence of sexually transmitted diseases. Here, the “sexual activity in question” was sexual intercourse and the complainant voluntarily agreed to it. On the question of whether her agreement to the “sexual activity in question” was vitiated by fraud, the dishonesty is evident and admitted. The only remaining issue is whether there was a sufficient deprivation to establish fraud. Where a complainant has chosen not to become pregnant, deceptions that expose her to an increased risk of becoming pregnant may constitute a sufficiently serious deprivation to vitiate consent under s. 265(3)(c). This application of “fraud” under s. 265(3)(c) is consistent with *Charter* values of equality and autonomy, while recognizing that not every deception that induces consent should be criminalized. In this case, there was no consent by reason of fraud, pursuant to s. 265(3)(c).

*Per* Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ.: At its core, this case concerns the right recognized in *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, to determine how sexual

séropositivité : *Cuerrier; Mabior*. L’adoption de l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou de celle basée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé » serait incompatible avec celle retenue dans *Cuerrier* et *Mabior* et remettrait en question l’issue de ces affaires. Selon l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé », des erreurs — qui n’ont pas à résulter de tromperies — portant sur les conditions et caractéristiques de l’acte physique amèneront les tribunaux à conclure qu’il n’y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1), et ce, même en l’absence de risque de préjudice. Par exemple, les tromperies liées à la séropositivité pourraient amener le tribunal à conclure à l’absence de consentement au sens du par. 273.1(1), même lorsque la charge virale de l’accusé était faible au moment des faits et qu’un condom a été utilisé. Finalement, adopter l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé » réintroduirait une analyse vague et obscure en matière de consentement et pourrait, en outre, criminaliser des comportements ne présentant pas le caractère répréhensible nécessaire et, ainsi, étendre trop largement la portée du droit criminel.

Interprété correctement, l’accord volontaire à l’activité sexuelle prévu au par. 273.1(1) signifie que le plaignant doit consentir subjectivement à l’acte physique *précis*, à sa nature sexuelle et à l’identité précise du partenaire. L’expression « l’activité sexuelle » ne vise pas les conditions ou les caractéristiques de l’acte physique, telles les mesures contraceptives qui sont prises ou la présence de maladies transmissibles sexuellement. En l’espèce, « l’activité sexuelle » consistait en des rapports sexuels et la plaignante y a consenti volontairement. Quant à la question de savoir si son accord à « l’activité sexuelle » a été vicié par la fraude, la malhonnêteté est évidente et admise. La seule question qu’il reste à trancher est celle de savoir s’il y a eu privation suffisante pour établir l’existence d’une fraude. Dans les cas où une plaignante a choisi de ne pas devenir enceinte, les tromperies qui l’exposent à un risque accru de grossesse peuvent constituer une privation suffisamment grave pour représenter une fraude viciant le consentement suivant l’al. 265(3)c). Cette interprétation de la « fraude » visée à l’al. 265(3)c) est compatible avec les valeurs d’égalité et d’autonomie consacrées par la *Charte* tout en reconnaissant du même coup qu’il n’y a pas lieu de criminaliser toute tromperie qui incite une personne à donner son consentement. En l’espèce, il n’y a pas eu consentement en raison d’une fraude visée à l’al. 265(3)c).

*Les juges* Abella, Moldaver et Karakatsanis : Essentially, the present case concerns the right, recognized in *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, to decide de

activity will take place. Society's commitment to protecting a person's autonomy and dignity requires that individuals have the right to determine *who* touches their body, and *how* the touching will occur. This protection underlies the definition of consent set out in s. 273.1(1) as "the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question". Consent to the "sexual activity in question" necessarily means the complainant's voluntary agreement both to engage in touching of a sexual nature and to the manner in which that touching is carried out. The starting point for the analysis of consent under the *actus reus* of sexual assault is s. 273.1(1). When a complainant does not voluntarily agree to the sexual activity which occurred, consent does not exist within the meaning of s. 273.1(1), and the inquiry for the purposes of the *actus reus* of sexual assault is complete. If there is *no* consent *ab initio*, it is pointless to inquire whether there was fraud under s. 265(3)(c) which would have vitiated the complainant's consent. In other words, without voluntary agreement as to the "how" — the manner in which the sexual activity in question occurred — there is no consent within the meaning of s. 273.1(1).

Unlike under s. 265(3)(c), which requires both a dishonest act *and* a deprivation, consent under s. 273.1(1) has never required an analysis of the risks or consequences caused by unwanted sexual touching. It is the unwanted nature of non-consensual sexual activity that violates the complainant's sexual integrity and gives rise to culpability under the criminal law, not just the risk of further harm that the sexual touching may create. Requiring an analysis of the risks or consequences of non-consensual touching by applying s. 265(3)(c) whenever deception is later discovered, adds a barrier to the simple ability to demonstrate whether the activity which occurred was agreed to *when it occurred*. It thereby undermines the values of personal autonomy and physical integrity sought to be protected by making sexual assault an offence.

It does not follow that because a condom is a form of birth control, it is not also part of the sexual activity. Removing the use of a condom from the meaning of sexual activity in s. 273.1(1) because the condom may have been intended for contraceptive purposes, means that an individual has no right to require the use of a condom during intercourse where pregnancy is not at issue. All individuals must have an equal right to determine how they are touched, regardless of gender, sexual

la façon dont se dérouleront les contacts sexuels. Parce que la société est déterminée à protéger l'autonomie et la dignité de la personne, il faut que celle-ci ait le droit de décider *qui* touchera son corps et la *façon* dont se dérouleront les contacts sexuels. Cette protection est à la base de la définition du mot « consentement » énoncée au par. 273.1(1), à savoir « l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle ». Le consentement à « l'activité sexuelle » s'entend nécessairement de l'accord volontaire du plaignant à la fois aux contacts de nature sexuelle et à la manière dont ces contacts se déroulent. Le paragraphe 273.1(1) constitue le point de départ de l'analyse du consentement eu égard à l'*actus reus* de l'agression sexuelle. Lorsque le plaignant n'a pas donné son accord volontaire à l'activité sexuelle qui s'est déroulée, il n'y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1) et l'analyse relative à l'*actus reus* de l'agression sexuelle est complète. S'il n'y a pas eu dès le départ consentement à l'activité sexuelle, il est inutile de se demander si le consentement a été vicié par une fraude visée à l'al. 265(3)c). En d'autres mots, en l'absence d'accord volontaire quant à la « façon » — c'est-à-dire la manière dont s'est déroulée l'activité sexuelle — il n'y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1).

À la différence de l'analyse requise pour l'application de l'al. 265(3)c), qui requiert à la fois un acte malhonnête *et* une privation, l'analyse relative au consentement visé au par. 273.1(1) n'a jamais exigé la prise en compte des risques ou conséquences causés par des contacts sexuels non souhaités. C'est la nature non souhaitée des contacts sexuels non consensuels qui viole l'intégrité sexuelle du plaignant et qui entraîne la culpabilité en droit criminel, pas seulement le risque de préjudice additionnel que peuvent engendrer les contacts sexuels. Exiger l'analyse des risques ou conséquences de contacts sexuels non consensuels en application de l'al. 265(3)c), si l'existence d'une tromperie est découverte après coup, ajoute une barrière supplémentaire à la simple capacité de démontrer s'il y a eu ou non consentement à l'activité *au moment où elle s'est déroulée*. Par conséquent, cette exigence porte atteinte aux valeurs d'autonomie personnelle et d'intégrité physique que le législateur cherchait à protéger en créant l'infraction d'agression sexuelle.

Le fait qu'un condom constitue un moyen de contraception ne signifie pas pour autant qu'il ne fait pas également partie de l'activité sexuelle. Exclure le port du condom de ce qui est visé par l'activité sexuelle au par. 273.1(1) parce qu'il peut dans certains cas être utilisé à des fins contraceptives signifie qu'une personne ne pourrait en exiger l'usage au cours de rapports sexuels lorsque la question de la grossesse ne se pose pas. Toute personne doit disposer d'un droit égal de décider de

orientation, reproductive capacity, or the type of sexual activity they choose to engage in. By any definition, when someone uses a condom, it is part of the sexual activity. It is therefore part of what is — or is not — consented to. When individuals agree to sexual activity with a condom, they mean an intact condom. They are not merely agreeing to a sexual activity, they are agreeing to how it should take place. That is what s. 273.1(1) was intended to protect.

A person consents to *how* she will be touched, and she is entitled to decide what sexual activity she agrees to engage in for whatever reason she wishes. The fact that some of the consequences of her motives are more serious than others, such as pregnancy, does not in the slightest undermine her right to decide how the sexual activity she chooses to engage in is carried out. It is neither her partner's business nor the state's. The complainant's voluntary agreement to the manner in which the sexual touching is carried out, requires the complainant's consent to where on her body she was touched and with what. It does not, however, require consent to the consequences of that touching, or the characteristics of the sexual partner, such as age, wealth, marital status, or health. These consequences or characteristics, while undoubtedly potentially significant, are not part of the actual physical activity that is agreed to.

In this case, the question is not whether consent was vitiated by fraud. It is whether there was consent to the sexual activity in the first place. The complainant agreed to engage in sexual activity in a certain manner, that is, sexual intercourse with an intact condom. H deliberately sabotaged the condom without her knowledge or agreement. The fact that she only learned of the deliberate sabotaging after the sexual activity took place, is of no relevance. What is relevant is what sexual activity she agreed to engage in with H and whether he stuck to the bargain. In this case, he did not. Since the complainant did not agree to how she was touched at the time it occurred, consent within the meaning of s. 273.1(1) did not exist.

### Cases Cited

By McLachlin C.J. and Cromwell J.

**Discussed:** *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, rev'g 1998 ABCA 52, 57 Alta. L.R. (3d) 235; *R. v. Cuerrier*,

la manière dont elle est touchée, indépendamment de son sexe, de son orientation sexuelle, de sa capacité de reproduction ou de l'activité sexuelle à laquelle elle choisit de participer. Nous ne voyons pas comment le condom peut être considéré comme autre chose qu'un aspect de la façon dont se déroulent les contacts sexuels. Il s'agit donc d'un aspect auquel il est — ou n'est pas — consenti. La personne qui consent à une activité sexuelle avec condom comprend qu'il s'agira d'un condom intact. Elle ne donne pas seulement son accord à une activité sexuelle, elle convient également de la façon dont celle-ci doit se dérouler. C'est ce que le par. 273.1(1) visait à protéger.

Une personne consent à la *façon* dont elle sera touchée, et elle a le droit de choisir l'activité sexuelle à laquelle elle consent à participer, et ce, pour les raisons qui lui plaisent. Le fait que certaines conséquences des raisons qui la motivent soient plus graves que d'autres, la grossesse par exemple, n'affecte d'absolument aucune façon son droit de décider de la manière dont se déroulera l'activité sexuelle à laquelle elle veut participer. Cela ne regarde ni son partenaire ni l'État. Pour qu'il y ait eu accord volontaire de la plaignante à la façon dont se sont déroulés les contacts sexuels, il faut qu'elle ait consenti à être touchée là où elle l'a été et à ce avec quoi elle l'a été. Il n'est toutefois pas nécessaire qu'elle ait consenti aux conséquences de ces contacts ou aux caractéristiques du partenaire sexuel, par exemple son âge, sa fortune, son état matrimonial ou son état de santé. Bien que sans aucun doute potentiellement importantes, ces conséquences ou caractéristiques ne font pas partie de l'activité sexuelle à l'égard de laquelle l'accord a été donné.

En l'espèce, la question à trancher n'est pas celle de savoir si le consentement a été vicié par la fraude, il s'agit de savoir s'il y a eu au départ consentement à l'activité sexuelle. La plaignante a consenti à participer d'une certaine manière à une activité sexuelle, à savoir des rapports sexuels avec un condom intact. H a délibérément saboté le condom sans que la plaignante le sache ou y consente. Le fait qu'elle n'ait appris le sabotage délibéré du condom qu'après l'activité sexuelle n'a aucune pertinence. Ce qui est pertinent, c'est l'activité sexuelle à laquelle elle avait accepté de se livrer avec H et si celui-ci a respecté l'accord à cet égard. Or, en l'espèce, il ne l'a pas fait. Comme la plaignante n'a pas donné son accord à la façon dont elle a été touchée au moment où elle l'a été, il n'y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1).

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell

**Arrêts analysés :** *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, inf. 1998 ABCA 52, 57 Alta. L.R. (3d) 235; *R. c. Cuerrier*,

[1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; **referred to**: *R. v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; *R. v. Flattery* (1877), 2 Q.B.D. 410; *R. v. Dee* (1884), 14 L.R. Ir. 468; *R. v. G.C.*, 2010 ONCA 451, 266 O.A.C. 299, leave to appeal refused, [2010] 3 S.C.R. v; *R. v. O.A.*, 2013 ONCA 581, 310 O.A.C. 305.

By Abella and Moldaver JJ.

**Discussed**: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; **referred to**: *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. Chase* (1984), 55 N.B.R. (2d) 97, rev'd [1987] 2 S.C.R. 293.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19.

*Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, Bill C-49, 3rd Sess., 34th Parl., 1991 (assented to June 23, 1992), S.C. 1992, c. 38, preamble.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 15.

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265, 268, 271, 273.1(1) "consent", (2).

*Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, ss. 259(b), 266.

### Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IX, 3rd Sess., 34th Parl., June 15, 1992, pp. 12027-28, 12041, 12043, 12045.

Falk, Patricia J. "Rape by Fraud and Rape by Coercion" (1998), 64 *Brook. L. Rev.* 39.

Feinberg, Joel. "Victims' Excuses: The Case of Fraudulently Procured Consent" (1986), 96 *Ethics* 330.

Fischer, David A. "Fraudulently Induced Consent to Intentional Torts" (1977), 46 *U. Cin. L. Rev.* 71.

Hooper, Anthony. "Fraud in Assault and Rape" (1968), 3 *U.B.C. L. Rev.* 117.

Perkins, Rollin M., and Ronald N. Boyce. *Criminal Law*, 3rd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1982.

Puttkammer, Ernst Wilfred. "Consent in Rape" (1924-1925), 19 *Ill. L. Rev.* 410.

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

Wertheimer, Alan. *Consent to Sexual Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Westen, Peter. *The Logic of Consent: The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*. Burlington, Vt.: Ashgate, 2004.

[1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; **arrêts mentionnés** : *R. c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; *R. c. Flattery* (1877), 2 Q.B.D. 410; *R. c. Dee* (1884), 14 L.R. Ir. 468; *R. c. G.C.*, 2010 ONCA 451, 266 O.A.C. 299, autorisation d'appel refusée, [2010] 3 R.C.S. v; *R. c. O.A.*, 2013 ONCA 581, 310 O.A.C. 305.

Citée par les juges Abella et Moldaver

**Arrêts analysés** : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; **arrêts mentionnés** : *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Chase* (1984), 55 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 97, inf. par [1987] 2 R.C.S. 293.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 15.

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265, 268, 271, 273.1(1) « consentement », (2).

*Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 259b), 266.

*Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, projet de loi C-49, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 1991 (sanctionné le 23 juin 1992), L.C. 1992, ch. 38, préambule.

*Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19.

### Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 15 juin 1992, p. 12027-12028, 12041, 12043, 12045.

Falk, Patricia J. « Rape by Fraud and Rape by Coercion » (1998), 64 *Brook. L. Rev.* 39.

Feinberg, Joel. « Victims' Excuses : The Case of Fraudulently Procured Consent » (1986), 96 *Ethics* 330.

Fischer, David A. « Fraudulently Induced Consent to Intentional Torts » (1977), 46 *U. Cin. L. Rev.* 71.

Hooper, Anthony. « Fraud in Assault and Rape » (1968), 3 *U.B.C. L. Rev.* 117.

Perkins, Rollin M., and Ronald N. Boyce. *Criminal Law*, 3rd ed. Mineola, N.Y. : Foundation Press, 1982.

Puttkammer, Ernst Wilfred. « Consent in Rape » (1924-1925), 19 *Ill. L. Rev.* 410.

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

Wertheimer, Alan. *Consent to Sexual Relations*. Cambridge : Cambridge University Press, 2003.

Westen, Peter. *The Logic of Consent : The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*. Burlington, Vt. : Ashgate, 2004.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J.N.S. and Oland, Hamilton, Fichaud and Farrar JJ.A.), 2013 NSCA 1, 325 N.S.R. (2d) 95, 1031 A.P.R. 95, 296 C.C.C. (3d) 22, 1 C.R. (7th) 1, 274 C.R.R. (2d) 254, [2013] N.S.J. No. 1 (QL), 2013 CarswellNS 22, affirming the conviction for sexual assault entered by Coughlan J., 2011 NSSC 361, 311 N.S.R. (2d) 1, 985 A.P.R. 1, [2011] N.S.J. No. 723 (QL), 2011 CarswellNS 935. Appeal dismissed.

*Luke A. Craggs*, for the appellant.

*James A. Gumpert, Q.C.*, and *Timothy S. O’Leary*, for the respondent.

*Jonathan A. Shime, Wayne Cunningham* and *Ryan Peck*, for the interveners.

The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Wagner JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND CROMWELL J. —

## I. Introduction

[1] Control over the sexual activity one engages in lies at the core of human dignity and autonomy: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 28. This principle underlies the offences of assault and sexual assault. Sexual activity without consent is a crime under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[2] In this case, the complainant consented to sexual activity with a condom to prevent conception. Unknown to her at the time, her partner, Mr. Hutchinson, poked holes in the condom and the complainant became pregnant. Mr. Hutchinson was charged with aggravated sexual assault. The complainant said that she did not consent to unprotected sex. The trial judge agreed and convicted Mr. Hutchinson of sexual assault (2011 NSSC 361, 311 N.S.R. (2d) 1). The majority of the Nova Scotia

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Oland, Hamilton, Fichaud et Farrar), 2013 NSCA 1, 325 N.S.R. (2d) 95, 1031 A.P.R. 95, 296 C.C.C. (3d) 22, 1 C.R. (7th) 1, 274 C.R.R. (2d) 254, [2013] N.S.J. No. 1 (QL), 2013 CarswellNS 22, qui a confirmé la déclaration de culpabilité d’agression sexuelle inscrite par le juge Coughlan, 2011 NSSC 361, 311 N.S.R. (2d) 1, 985 A.P.R. 1, [2011] N.S.J. No. 723 (QL), 2011 CarswellNS 935. Pourvoi rejeté.

*Luke A. Craggs*, pour l’appelant.

*James A. Gumpert, c.r.*, et *Timothy S. O’Leary*, pour l’intimée.

*Jonathan A. Shime, Wayne Cunningham* et *Ryan Peck*, pour les intervenants.

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

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE CROMWELL —

## I. Introduction

[1] Le pouvoir dont dispose une personne à l’égard des activités sexuelles auxquelles elle participe constitue un aspect fondamental de la dignité et de l’autonomie de l’être humain : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 28. Ce principe est à la base des infractions de voies de fait et d’agression sexuelle. Une activité sexuelle se déroulant sans le consentement d’un participant est un crime prévu par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[2] En l’espèce, la plaignante a consenti à l’activité sexuelle, pourvu qu’un condom soit utilisé comme moyen contraceptif. À son insu, son partenaire, M. Hutchinson, a percé des trous dans le condom, et elle est tombée enceinte. Monsieur Hutchinson a été accusé d’agression sexuelle grave. La plaignante a affirmé ne pas avoir accepté d’avoir des rapports sexuels non protégés. Le juge du procès a retenu son témoignage et a déclaré M. Hutchinson coupable d’agression sexuelle (2011 NSSC 361, 311

Court of Appeal, *per* MacDonald C.J.N.S., upheld the conviction on the basis that condom protection was an essential feature of the sexual activity, and therefore the complainant did not consent to the “sexual activity in question”. Farrar J.A., dissenting, held that there was consent to the sexual activity, but that a new trial was required to determine whether consent was vitiated by fraud (2013 NSCA 1, 325 N.S.R. (2d) 95).

[3] The immediate problem is how cases such as this fall to be resolved under the provisions of the *Criminal Code*. This is an issue of statutory interpretation. Underlying this is a broader question — where should the line between criminality and non-criminality be drawn when consent is the result of deception?

[4] The *Criminal Code* sets out a two-step process for analyzing consent to sexual activity. The first step is to determine whether the evidence establishes that there was no “voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question” under s. 273.1(1). If the complainant consented, or her conduct raises a reasonable doubt about the lack of consent, the second step is to consider whether there are any circumstances that may vitiate her apparent consent. Section 265(3) defines a series of conditions under which the law deems an absence of consent, notwithstanding the complainant’s ostensible consent or participation: *Ewanchuk*, at para. 36. Section 273.1(2) also lists conditions under which no consent is obtained. For example, no consent is obtained in circumstances of coercion (s. 265(3)(a) and (b)), fraud (s. 265(3)(c)), or abuse of trust or authority (ss. 265(3)(d) and 273.1(2)(c)).

[5] We conclude that the first step requires proof that the complainant did not voluntarily agree to the touching, its sexual nature, or the identity of the partner. Mistakes on the complainant’s part (however

N.S.R. (2d) 1). Au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, le juge en chef MacDonald a confirmé la déclaration de culpabilité, au motif que l’utilisation du condom constituait une caractéristique essentielle de l’« activité sexuelle » et que, pour cette raison, la plaignante n’avait pas consenti à celle-ci. Le juge Farrar, dissident, a conclu qu’il y avait eu consentement à l’activité sexuelle, mais qu’un nouveau procès était nécessaire pour déterminer si ce consentement avait été vicié par la fraude (2013 NSCA 1, 325 N.S.R. (2d) 95).

[3] Le premier problème consiste à déterminer comment des cas comme celui qui nous occupe doivent être tranchés au regard des dispositions du *Code criminel*. Il s’agit là d’une question d’interprétation législative. Mais, fondamentalement, ce problème soulève une question plus large : où devrait être tracée la ligne de démarcation entre les comportements criminels et les comportements non criminels lorsque le consentement résulte d’une tromperie?

[4] Le *Code criminel* établit une analyse en deux étapes pour décider s’il y a eu consentement à une activité sexuelle. La première étape consiste à déterminer si la preuve démontre l’absence d’« accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle » aux termes du par. 273.1(1). Si le plaignant a consenti, ou encore si son comportement fait naître un doute raisonnable quant à l’absence de consentement, il faut passer à la seconde étape et se demander s’il existe des circonstances ayant pu vicier le consentement apparent. Le paragraphe 265(3) énumère une série de situations dans lesquelles le droit considère qu’il y a eu absence de consentement, et ce, malgré la participation ou le consentement apparent du plaignant : *Ewanchuk*, par. 36. Le paragraphe 273.1(2) dresse une autre liste de situations où il y a absence de consentement. Par exemple, il ne saurait y avoir eu consentement dans les cas où celui-ci a été obtenu par la contrainte (al. 265(3)a) et b)), la fraude (al. 265(3)c)) ou encore un abus de confiance ou de pouvoir (al. 265(3)d) et 273.1(2)c)).

[5] Nous concluons que la première étape de l’analyse exige la preuve que le plaignant n’a pas donné son accord volontaire aux contacts, à la nature sexuelle des contacts ou à l’identité du partenaire.

caused) in relation to other matters, such as whether the partner is using effective birth control or has a sexually transmitted disease, are not relevant at this stage. However, mistakes resulting from deceptions in relation to other matters may negate consent at the second stage of the analysis, under the fraud provision in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*.

[6] Applying this template to the facts in this case leads us to conclude that, at the first step, the complainant voluntarily agreed to the sexual activity in question at the time that it occurred. The question is whether that consent was vitiated because she had been deceived as to the condition of the condom. This question is addressed at the second step. The accused's condom sabotage constituted fraud within s. 265(3)(c), with the result that no consent was obtained. We would therefore affirm the conviction and dismiss the appeal.

## II. The Provisions of the *Criminal Code*

[7] Section 265(1) of the *Criminal Code* establishes the general offence of assault:

**265.** (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

(b) he attempts or threatens, by an act or a gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that other person to believe on reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose; or

(c) while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person or begs.

[8] Section 265(2) states that this section applies to all forms of assault, including sexual assault.

Les erreurs relatives à d'autres questions (quelle que soit leur cause) — par exemple celles de savoir si le partenaire utilise un moyen de contraception efficace ou est atteint d'une maladie transmissible sexuellement — ne sont pas pertinentes à cette étape. Toutefois, les erreurs résultant de tromperies relativement à d'autres questions peuvent annuler le consentement à la deuxième étape de l'analyse, en application de la disposition relative à la fraude énoncée à l'al. 265(3)c) du *Code criminel*.

[6] L'application de cette grille d'analyse aux faits de l'espèce nous amène à conclure, à la première étape, que la plaignante avait volontairement donné son accord à l'activité sexuelle au moment où celle-ci s'est déroulée. La question qui se pose est de savoir si ce consentement était vicié parce qu'elle avait été trompée quant à l'état du condom. Cette question est examinée à la seconde étape. Comme le sabotage du condom par l'accusé constituait une fraude visée à l'al. 265(3)c), il y avait donc absence de consentement. Nous sommes par conséquent d'avis de confirmer la déclaration de culpabilité et de rejeter le pourvoi.

## II. Les dispositions du *Code criminel*

[7] Le paragraphe 265(1) du *Code criminel* établit l'infraction générale de voies de fait :

**265.** (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas :

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein;

c) en portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie.

[8] Le paragraphe 265(2) précise que l'art. 265 s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles.

[9] The offence of sexual assault is created by s. 271:

**271.** Everyone who commits a sexual assault is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding 10 years and, if the complainant is under the age of 16 years, to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or

(b) an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term not exceeding 18 months and, if the complainant is under the age of 16 years, to a minimum punishment of imprisonment for a term of 90 days.

[10] Section 273.1(1) defines “consent” as follows:

**273.1** (1) Subject to subsection (2) and subsection 265(3), “consent” means, for the purposes of sections 271, 272 and 273, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question.

[11] These provisions define the basic offence of sexual assault. They are supplemented by two additional sets of provisions which give a non-exhaustive list of circumstances in which no consent is obtained. Section 265(3), which applies to all assaults, lists four such situations involving the accused’s abuse of authority and use of force, fear and fraud:

**265. . . .**

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

(a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(c) fraud; or

(d) the exercise of authority.

[9] L’article 271 crée l’infraction d’agression sexuelle :

**271.** Quiconque commet une agression sexuelle est coupable :

a) soit d’un acte criminel passible d’un emprisonnement maximal de dix ans, la peine minimale étant de un an si le plaignant est âgé de moins de seize ans;

b) soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d’un emprisonnement maximal de dix-huit mois, la peine minimale étant de quatre-vingt-dix jours si le plaignant est âgé de moins de seize ans.

[10] Le paragraphe 273.1(1) définit le « consentement » en ces termes :

**273.1** (1) Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3), le consentement consiste, pour l’application des articles 271, 272 et 273, en l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle.

[11] Ces dispositions définissent l’infraction générale d’agression sexuelle. À ces textes s’ajoutent deux autres séries de dispositions dressant une liste non exhaustive de circonstances où il y a absence de consentement. Le paragraphe 265(3), qui s’applique à toutes les voies de fait, énumère quatre situations de ce genre, où il est question d’abus de pouvoir, de fraude et d’emploi de la force par l’accusé, ou de crainte que ce dernier n’emploie la force :

**265. . . .**

(3) Pour l’application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison :

a) soit de l’emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

b) soit des menaces d’emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

c) soit de la fraude;

d) soit de l’exercice de l’autorité.



[12] Section 273.1(2) lists five non-exhaustive situations where no consent is obtained for purposes of the sexual assault offences:

**273.1 . . .**

(2) No consent is obtained, for the purposes of sections 271, 272 and 273, where

- (a) the agreement is expressed by the words or conduct of a person other than the complainant;
- (b) the complainant is incapable of consenting to the activity;
- (c) the accused induces the complainant to engage in the activity by abusing a position of trust, power or authority;
- (d) the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity; or
- (e) the complainant, having consented to engage in sexual activity, expresses, by words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activity.

[13] Section 273.1(1) makes the definition of “consent” for the purposes of sexual assault “[s]ubject to” subsection (2) and to s. 265(3). Thus, s. 273.1(1) does not replace the circumstances of no consent in ss. 273.1(2) and 265(3). Fraud, for example, continues to negate consent to sexual assault, pursuant to s. 265(3)(c).

### III. Issue

[14] The main issue here is whether the Crown proved that the complainant did not consent to the sexual touching by the appellant. Did the condom sabotage, as the majority of the Court of Appeal held, result in there being no “voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question” under s. 273.1(1) of the *Criminal Code*? Or should the condom sabotage be analyzed, as the dissenting judge in the Court of

[12] Le paragraphe 273.1(2) établit, pour l’application des infractions d’agression sexuelle, une liste non exhaustive de cinq situations où l’on ne peut déduire qu’il y a eu consentement :

**273.1 . . .**

(2) Le consentement du plaignant ne se déduit pas, pour l’application des articles 271, 272 et 273, des cas où :

- a) l’accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d’un tiers;
- b) il est incapable de le former;
- c) l’accusé l’incite à l’activité par abus de confiance ou de pouvoir;
- d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à l’activité;
- e) après avoir consenti à l’activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à la poursuite de celle-ci.

[13] Le paragraphe 273.1(1) précise que, en matière d’agressions sexuelles, la définition de « consentement » figurant dans ce paragraphe s’applique « [s]ous réserve » des par. (2) et 265(3). En conséquence, le par. 273.1(1) n’écarte pas les situations d’absence de consentement énoncées aux par. 273.1(2) et 265(3). Suivant l’alinéa 265(3)c), par exemple, la fraude continue de faire obstacle à l’existence d’un consentement opposable à une accusation d’agression sexuelle.

### III. La question en litige

[14] En l’espèce, la principale question à trancher consiste à décider si le ministère public a prouvé que la plaignante n’a pas consenti à être touchée sexuellement par l’appelant. Le sabotage du condom a-t-il eu pour effet, comme a jugé la Cour d’appel à la majorité, d’entraîner une absence d’« accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle » aux termes du par. 273.1(1) du *Code criminel*? Ou doit-on plutôt, comme a conclu le juge

Appeal concluded, under the fraud provision in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*?

[15] Resolving this issue requires this Court to determine the meaning of the “sexual activity in question” in s. 273.1(1).

[16] The basic rule of statutory interpretation is that “the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1. The task is to determine the intent of Parliament, insofar as this can be done, by looking at the words used and the scheme and object of the provision. Every part of a provision or set of provisions should be given meaning if possible: Sullivan, at p. 210.

#### IV. Analysis

##### A. *Sexual Autonomy and the Criminal Law: Overview*

[17] The sexual assault offences invoke the criminal law to protect sexual autonomy. The *Criminal Code* and jurisprudence establish a high level of protection of the right to choose whether to engage in sexual activity and with whom. The absence of consent to sexual activity, as part of the *actus reus* of the offence, is judged subjectively from the complainant’s point of view: *Ewanchuk*, at paras. 25-26. Consent cannot be implied, must coincide with the sexual activity, and may be withdrawn at any time. Additionally, no consent is obtained if the apparent agreement to the sexual activity is obtained by coercion, fraud or abuse of authority. (We note that this is a case of apparent agreement — the complainant subjectively agreed at the time sexual intercourse occurred. This is *not* a case where there was no such agreement. The question is whether, in spite of that agreement, no consent was obtained in law because that agreement was obtained as a result of Mr. Hutchinson’s deceit about the condition of the condom.) Individually

dissident, analyser le sabotage du condom au regard de la disposition relative à la fraude prévue à l’al. 265(3)c) du *Code criminel*?

[15] Pour répondre à cette question, la Cour doit dégager le sens de l’expression « l’activité sexuelle » au par. 273.1(1).

[16] Selon la règle fondamentale d’interprétation 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’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 1. Il s’agit, dans la mesure où il est possible de le faire, de dégager l’intention du législateur en examinant le libellé de la disposition, son économie et son objet. Chacune des parties d’une disposition ou d’un ensemble de dispositions doit si possible recevoir un sens : Sullivan, p. 210.

#### IV. Analyse

##### A. *L’autonomie sexuelle et le droit criminel : un aperçu*

[17] La création d’infractions d’agressions sexuelles en droit criminel vise à protéger l’autonomie sexuelle. Le *Code criminel* et la jurisprudence confèrent un degré élevé de protection au droit d’une personne de décider si elle va participer ou non à une activité sexuelle, et avec qui elle le fera. En tant qu’élément de l’*actus reus* de l’infraction, l’absence de consentement à une activité sexuelle est appréciée subjectivement, du point de vue du plaignant : *Ewanchuk*, par. 25-26. Le consentement ne peut être tacite, il doit coïncider avec l’activité sexuelle et il peut être retiré en tout temps. En outre, il n’y a eu consentement si l’accord apparent a été obtenu par la contrainte, la fraude ou l’abus de pouvoir. (Nous tenons à souligner que nous sommes en présence d’un accord apparent — la plaignante avait subjectivement consenti aux rapports sexuels au moment où ceux-ci se sont déroulés. Il *ne s’agit pas* d’un cas où il y avait absence d’accord. La question consiste à se demander si, malgré cet accord, il y avait néanmoins absence de consentement en droit

and collectively, these features of sexual assault law protect Canadians' sexual autonomy.

[18] But the law has long recognized that there are limits on how completely it may fulfil that objective through the blunt instrument of the criminal law. As the most serious interference by the state with peoples' lives and liberties, the criminal law should be used with *appropriate restraint*, to avoid over-criminalization. It draws a line between conduct deserving the harsh sanction of the criminal law, and conduct that is undesirable or unethical but "lacks the reprehensible character of criminal acts": *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at para. 133; A. Wertheimer, *Consent to Sexual Relations* (2003). The companion of restraint is *certainty*. The criminal law must provide fair notice of what is prohibited and clear standards for enforcement: *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, at paras. 14 and 19.

[19] The need for restraint and certainty, which sometimes work at cross-purposes to absolute protection of sexual autonomy, has influenced the law's approach to consent, particularly where consent has been obtained by deception.

#### B. *Interpreting the Provisions: Two Approaches*

[20] There are essentially two approaches to the question of what constitutes "voluntary agreement . . . to . . . the sexual activity in question" and the role of mistake or deception in determining whether such agreement existed.

[21] The first approach, which has many variants, defines the "sexual activity in question" as extending beyond the basic sexual activity the

au motif que l'accord avait été obtenu par suite de la tromperie de M. Hutchinson au sujet de l'état du condom.) Individuellement et collectivement, ces caractéristiques du droit relatif aux agressions sexuelles protègent l'autonomie sexuelle des Canadiennes et des Canadiens.

[18] Toutefois, le droit reconnaît depuis longtemps l'existence de limites empêchant la société de réaliser complètement cet objectif au moyen de l'instrument grossier que constitue le droit criminel. En effet, comme le recours au droit criminel représente l'atteinte la plus grave de l'État à la liberté des gens et l'immixtion la plus sérieuse de celui-ci dans leur vie, l'État se doit de l'utiliser avec la *modération appropriée* pour éviter la surcriminalisation. Le droit distingue les comportements qui méritent la sanction sévère du droit criminel de ceux qui, bien que peu souhaitables ou peu éthiques, ne présentent toutefois « pas le caractère répréhensible d'un acte criminel » : *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 133; A. Wertheimer, *Consent to Sexual Relations* (2003). La modération va de pair avec la *certitude*. Le droit criminel doit donner un avertissement raisonnable de ce qui est interdit et établir des normes d'application claires : *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 14 et 19.

[19] Le besoin de modération et de certitude, notions qui ne concordent pas toujours avec la protection absolue de l'autonomie sexuelle, a influencé la façon dont le droit envisage la question du consentement, particulièrement lorsque celui-ci résulte d'une tromperie.

#### B. *L'interprétation des dispositions applicables : deux approches*

[20] Il existe essentiellement deux approches à l'égard de la question de savoir ce qui constitue un « accord volontaire [. . .] à l'activité sexuelle », et du rôle que joue l'erreur ou la tromperie lorsqu'il s'agit de déterminer si un tel accord a été donné.

[21] Dans le cadre de la première approche, dont il existe de nombreuses variantes, la définition de l'expression « l'activité sexuelle » n'englobe

complainant thought she was consenting to at the time to conditions and qualities of the act or risks and consequences flowing from it, provided these conditions are “essential features” of the sexual activity (reasons of the majority of the Court of Appeal, at paras. 71 and 81) or go to “how” the physical touching was carried out (reasons of Abella and Moldaver JJ.). Under this approach, whether a complainant’s mistake prevents voluntary agreement to the sexual activity under s. 273.1(1) depends on the nature of the mistake. The difficulty with this approach, as we shall see, is that it provides no clear line between mistakes that result in no consent under s. 273.1(1), and mistakes that do not. The result of this lack of clarity may be inappropriate criminalization and uncertainty in the law.

[22] The second approach defines the “sexual activity in question” more narrowly as the basic physical act agreed to at the time, its sexual nature, and the identity of the partner. If the complainant subjectively agreed to the partner’s touching and its sexual nature, voluntary agreement is established under s. 273.1(1) of the *Criminal Code*. That voluntary agreement, however, may not be legally effective. The *Code* also sets out a number of situations in which, notwithstanding apparent agreement, no consent is obtained. In particular, deceptions may negate consent if they meet the requirements for fraud under s. 265(3)(c).

[23] The choice between these approaches is a matter of statutory construction. Which approach is correct depends on (1) the wording, scheme and object of the provisions of the *Criminal Code*; (2) the jurisprudence on the provisions and their common law predecessors; and (3) the underlying objectives of the criminal law. We will consider each of these in turn.

pas que la seule activité sexuelle à laquelle la plaignante croyait consentir au moment pertinent, mais également les conditions et les caractéristiques de l’acte ou encore les risques et les conséquences en découlant, pourvu que ces conditions constituent des [TRADUCTION] « caractéristiques essentielles » de l’activité sexuelle (motifs majoritaires de la Cour d’appel, par. 71 et 81) ou concernent la « façon » dont les contacts physiques se sont déroulés (motifs des juges Abella et Moldaver). Suivant cette approche, la question de savoir si une erreur de la part du plaignant fait obstacle à l’existence de l’accord volontaire à l’activité sexuelle visé aux termes du par. 273.1(1) dépend de la nature de l’erreur. Comme nous le verrons, la difficulté que soulève cette approche tient au fait qu’elle ne trace pas une ligne de démarcation nette entre les erreurs qui aboutissent à une absence de consentement et celles qui ne produisent pas cet effet. Ce manque de clarté pourrait se traduire par une criminalisation inappropriée et de l’incertitude juridique.

[22] La deuxième approche définit plus étroitement « l’activité sexuelle » comme étant essentiellement l’acte physique dont il a été convenu au moment pertinent, la nature sexuelle de cet acte et l’identité du partenaire. Si le plaignant a subjectivement consenti à ce que son partenaire le touche ainsi qu’à la nature sexuelle de ces attouchements/contacts, l’accord volontaire est établi pour l’application du par. 273.1(1) du *Code criminel*. Toutefois, cet accord volontaire peut être sans effet en droit, car le *Code* énonce aussi un certain nombre de situations où, malgré l’accord apparent du plaignant, il y a néanmoins absence de consentement. En particulier, une tromperie peut annuler le consentement si elle satisfait aux conditions d’existence d’une fraude visée à l’al. 265(3)(c).

[23] Le choix entre ces approches est une question d’interprétation législative. Pour déterminer celle qu’il convient de retenir, il faut prendre en considération les facteurs suivants : (1) le libellé, l’économie et l’objet des dispositions du *Code criminel*; (2) la jurisprudence relative à ces dispositions et aux règles de common law que celles-ci ont remplacées; (3) les objectifs sous-jacents du droit criminel. Nous examinerons successivement chacun de ces facteurs.

(1) The Wording, Scheme and Object of the Legislation and the Scheme of the Provisions

[24] The plain words of the provisions, read in their ordinary and natural sense, support a narrow interpretation of the basic definition of “consent” in s. 273.1(1). The ordinary meaning of the “sexual activity in question” is the physical act agreed to; there is nothing in the wording to suggest that it includes the conditions or qualifications of the sexual act.

[25] The scheme of the provisions — a basic definition of “consent” in s. 273.1(1), coupled with circumstances vitiating such agreement in s. 265(3) and s. 273.1(2) — also supports a narrow interpretation of “voluntary agreement . . . to . . . the sexual activity in question”.

[26] The “essential features” approach of the Court of Appeal and the “how the physical act is carried out” approach of *Abella and Moldaver JJ.* do not conform to this two-part scheme. The fraud provision in s. 265(3)(c) deals with situations where consent to the sexual activity has been given because of a deception by the accused. But under these approaches, all deceptions about “essential features” of the sexual activity or about “how” the sexual activity was carried out would result in a finding of no consent to the “sexual activity in question” under s. 273.1(1). Many deceptions would be dealt with at the first step under s. 273.1(1), rather than where the scheme of the *Criminal Code* suggests they should be dealt with, under s. 265(3)(c). Section 273.1(1) would do most of the work that the fraud provision was intended to do, rendering the fraud provision in s. 265(3)(c) redundant in many cases, contrary to the principle that every word and provision in a statute has a meaning and a function.

(1) Le libellé, l'économie et l'objet de la loi, et le régime établi par les dispositions en cause

[24] Les termes clairs des dispositions en cause, interprétés selon leur sens ordinaire et naturel, militent en faveur d'une interprétation étroite de la définition générale du terme « consentement » au par. 273.1(1). Le sens ordinaire de l'expression « l'activité sexuelle » correspond à l'acte physique convenu; rien dans les mots utilisés ne tend à indiquer que cette expression englobe également les conditions ou limites assortissant l'acte sexuel.

[25] Le régime établi par ces dispositions — une définition de base du mot « consentement » au par. 273.1(1), assortie de circonstances ayant pour effet de vicier ce consentement énoncées aux par. 265(3) et 273.1(2) — milite également en faveur d'une interprétation restrictive de l'expression « accord volontaire [. . .] à l'activité sexuelle ».

[26] L'approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » retenue par la Cour d'appel et celle basée sur la « façon dont l'acte physique s'est déroulé » proposée par les juges *Abella* et *Moldaver* ne sont pas conformes à ce régime à deux étapes. La disposition relative à la fraude prévue à l'al. 265(3)c) s'applique aux situations où l'accusé a obtenu le consentement à l'activité sexuelle en recourant à la tromperie. Or, suivant ces deux approches, toute tromperie quant aux « caractéristiques essentielles » de l'activité sexuelle ou à la « façon » dont celle-ci s'est déroulée amènerait le tribunal à conclure, au regard du par. 273.1(1), qu'il y a eu absence de consentement à « l'activité sexuelle ». De nombreux cas de tromperie seraient ainsi tranchés dès la première étape de l'analyse, en application du par. 273.1(1), plutôt qu'à celle où, selon ce que semble indiquer l'économie du *Code criminel*, ils devraient l'être, c'est-à-dire en application de l'al. 265(3)c). Le paragraphe 273.1(1) jouerait alors pour l'essentiel le rôle qu'est censée jouer la disposition relative à la fraude prévue à l'al. 265(3)c), rendant ainsi cette disposition superflue dans bon nombre de cas, contrairement au principe selon lequel chaque mot et chaque disposition d'une loi a un sens et un rôle.

[27] Finally, the object of s. 273.1, as revealed by its legislative history, does not support a broad reading of the “sexual activity in question”. The definition of “consent” in s. 273.1 was part of a parcel of amendments added to the *Criminal Code* in 1992, intended to address Parliament’s concerns about sexual violence against women and children and to promote and ensure the full protection of s. 7 and s. 15 *Charter* rights (see the preamble to Bill C-49, containing the 1992 *Criminal Code* amendments, S.C. 1992, c. 38). The centerpiece of the revisions was a new provision narrowing the defence of honest belief of consent. An accused who chooses to rely on the defence of honest belief of consent is required to take reasonable steps to ascertain that the complainant was consenting. Parliament’s intention was to “overcome the apparent unwillingness by some to let go of the debunked notion that unless a complainant physically resisted or expressed verbal opposition to sexual activity, an accused was entitled to assume that consent existed”: *R. v. Ewanchuk*, 1998 ABCA 52, 57 Alta. L.R. (3d) 235, at para. 58. Section 273.1 therefore signalled that the focus should be on whether the complainant positively affirmed her consent to the “sexual activity in question”. There was no suggestion that Parliament intended to expand the notion of “sexual activity” by including not only the sexual act for which consent is required, but also potentially infinite collateral conditions, such as the state of the condom.

[28] In summary, the primary tools of statutory construction all point to a rejection of the broad interpretation of the “sexual activity in question” under the “essential features”/“how the act was carried out” approach.

## (2) The Jurisprudence

[29] This Court has interpreted the fraud provision in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code* in the context of HIV non-disclosure cases: *Cuerrier*; *Mabior*. In our view, adoption of the “essential

[27] Enfin, l’objet de l’art. 273.1, tel qu’il se dégage de l’historique législatif de cette disposition, n’appuie pas une interprétation large de l’expression « l’activité sexuelle ». La définition de « consentement » à l’art. 273.1 faisait partie d’une série de modifications qui ont été apportées au *Code criminel* en 1992, en vue de répondre aux préoccupations du législateur à l’égard de la violence faite aux femmes et aux enfants, et de promouvoir et d’assurer la pleine protection des droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte* (voir le préambule du projet de loi C-49, dans lequel figurent les modifications de 1992 au *Code criminel*, L.C. 1992, ch. 38). La pièce maîtresse de ces révisions était une nouvelle disposition restreignant le champ d’application de la défense de croyance sincère au consentement. L’accusé qui choisit d’invoquer ce moyen de défense doit prendre des mesures raisonnables pour s’assurer du consentement du plaignant. L’intention du législateur était de [TRADUCTION] « vaincre la réticence apparente de certains à renoncer à l’idée désormais réfutée selon laquelle, à moins que le plaignant n’ait résisté physiquement ou exprimé verbalement son opposition à l’activité sexuelle, l’accusé était en droit de supposer qu’il avait obtenu son consentement » : *R. c. Ewanchuk*, 1998 ABCA 52, 57 Alta. L.R. (3d) 235, par. 58. L’article 273.1 a donc signalé que l’analyse doit s’attacher à la question de savoir si le plaignant a manifesté de manière positive son consentement à « l’activité sexuelle ». Rien n’indique que le législateur entendait élargir la notion d’« activité sexuelle » pour qu’elle vise non seulement l’acte sexuel à l’égard duquel le consentement est requis, mais également une liste potentiellement infinie de conditions accessoires, tel l’état du condom.

[28] En résumé, les principales méthodes d’interprétation législatives mènent toutes au rejet de l’interprétation large de l’expression « l’activité sexuelle » qui est préconisée dans l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé ».

## (2) La jurisprudence

[29] La Cour a interprété la disposition relative à la fraude énoncée à l’al. 265(3)(c) du *Code criminel* dans des affaires où l’accusé n’avait pas dévoilé sa séropositivité : *Cuerrier*; *Mabior*. À

features”/“how the act was carried out” approach would put the outcomes in those cases in question and replace the clarity and restraint achieved by those decisions with confusion and over-criminalization.

[30] Initially, the common law of fraud in sexual relations focussed on the nature of the deceit and asked whether it went to certain “essential” characteristics of the act. If the deception went to the sexual nature of the act or the identity of the partner, it was said to vitiate consent: *R. v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23 (Cr. Cas. Res.). This test was incorporated into Canada’s first *Criminal Code* in 1892 (S.C. 1892, c. 29). Parliament restricted deceptions vitiating consent to “false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act” (ss. 259(b) and 266). The formulation, however, did little to bring certainty or rationality to the law of consent to sexual activity. The problem was where and how to draw the line between those aspects of the sexual activity that went to the “nature and quality of the act” and those that did not: A. Hooper, “Fraud in Assault and Rape” (1968), 3 *U.B.C. L. Rev.* 117, at p. 121. Simply put, the “nature and quality of the act” did not show courts where to draw the line — or even help them to do so — between deceptions that did and did not vitiate consent.

[31] In view of this unsatisfactory state of affairs, the *Criminal Code* in relation to sexual offences was overhauled in 1983. In 1983, the language of the “nature and quality of the act” was dropped and the language of the present s. 265(3)(c) was adopted so that “no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of . . . fraud” — without any specification of the nature of the deception (S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19).

notre avis, adopter l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé » remettrait en question l’issue de ces affaires, et la clarté du droit ainsi que la modération dans le recours au droit criminel ayant résulté de ces décisions feraient place à la confusion et à une surcriminalisation.

[30] Initialement, les règles de common law régissant la fraude en matière de relations sexuelles mettaient l’accent sur la nature de la tromperie et sur la question de savoir si cette tromperie portait sur certaines caractéristiques « essentielles » de l’acte en cause. Si la tromperie portait sur la nature sexuelle de l’acte ou l’identité du partenaire, elle était considérée avoir pour effet de vicier le consentement : *R. c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23 (Cr. Cas. Res.). Ce critère a été intégré au premier *Code criminel* canadien en 1892 (S.C. 1892, ch. 29). Le Parlement limitait les tromperies viciant le consentement aux « fausses et frauduleuses représentations au sujet de la nature et du caractère de l’acte » (al. 259b) et art. 266). Cependant, cette formulation ne favorisait guère la certitude ou la rationalité du droit relatif au consentement en matière d’activité sexuelle. En effet, la difficulté était de savoir où et comment tracer la ligne de démarcation entre les caractéristiques de l’activité sexuelle touchant à la « nature et [au] caractère de l’acte » et celles ne s’y rapportant pas : A. Hooper, « Fraud in Assault and Rape » (1968), 3 *U.B.C. L. Rev.* 117, p. 121. Autrement dit, le critère de la « nature et du caractère de l’acte » ne précisait pas aux tribunaux où devait être tracée la ligne de démarcation entre les tromperies qui viciaient le consentement et celles qui ne le viciaient pas — et il ne leur donnait même aucune indication à cette fin.

[31] En raison de cet état de choses insatisfaisant, les dispositions du *Code criminel* relatives aux agressions sexuelles ont été remaniées en 1983. On a supprimé les mots « nature et [. . .] caractère de l’acte » et adopté le libellé actuel de l’al. 265(3)c), lequel indique que « ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison [. . .] de la fraude » — sans aucune précision quant à la nature de la tromperie (S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19).

[32] While for a time Canadian courts continued to apply a restrictive interpretation of fraud, influenced by the earlier jurisprudence concerning the “false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act”, the law of fraud in relation to sexual assault, as we shall see, had a new beginning in Canadian law with the Court’s judgment in *Cuerrier*.

[33] Three aspects of *Cuerrier* are particularly important. First, the majority held that the concept of fraud in the new s. 265(3)(c) was not restricted to deceptions as to the nature and quality of the act: para. 108. The former jurisprudence was rejected as being too restrictive, but at the same time, the majority recognized that some limitations on the concept of fraud are clearly necessary: para. 135.

[34] Second, the majority introduced an analysis of fraud that required two elements to be present before consent was vitiated by fraud: deceit and injury or, expressed differently, dishonesty and deprivation or risk of deprivation: *Cuerrier*, at paras. 110-16. With only two narrow exceptions that we will discuss shortly, consent will be vitiated by fraud *only* when consent is obtained by lies or deliberate failure to disclose *coupled with* a significant risk of serious bodily harm as a result of the sexual touching: paras. 125-39. As Cory J. wrote for the majority, at para. 135:

The existence of fraud should not vitiate consent unless there is a significant risk of serious harm. Fraud which leads to consent to a sexual act but which does not have that significant risk might ground a civil action. However, it should not provide the foundation for a conviction for sexual assault. The fraud required to vitiate consent for that offence must carry with it the risk of serious harm. [Emphasis added.]

[32] Bien que, sous l’influence de la jurisprudence antérieure sur le sens à donner aux mots « fausses et frauduleuses représentations au sujet de la nature et du caractère de l’acte », les tribunaux canadiens aient continué pendant un certain temps d’interpréter restrictivement la notion de fraude, le droit canadien relatif à la fraude en matière d’agressions sexuelles a connu, comme nous le verrons, un nouveau départ depuis l’arrêt *Cuerrier*.

[33] Trois aspects de l’arrêt *Cuerrier* revêtent une importance particulière. Premièrement, les juges majoritaires ont conclu que la notion de fraude dans le nouvel al. 265(3)c ne se limite pas aux tromperies liées à la nature et au caractère de l’acte : par. 108. Dans cette décision, la Cour à la majorité a écarté la jurisprudence antérieure au motif qu’elle était trop restrictive, tout en reconnaissant en même temps que certaines restrictions à la notion de fraude sont clairement nécessaires : par. 135.

[34] Deuxièmement, les juges majoritaires ont introduit une analyse requérant la présence de deux éléments pour que le tribunal puisse conclure que le consentement a été vicié par la fraude : une tromperie et un préjudice ou, en d’autres termes, une malhonnêteté et une privation ou un risque de privation : *Cuerrier*, par. 110-116. Sous réserve seulement de deux exceptions limitées que nous examinerons un peu plus loin, le consentement sera vicié par la fraude *uniquement* s’il est obtenu par suite de mensonges ou d’une omission délibérée de divulguer certaines informations, *conjugués* à un risque important de lésions corporelles graves par suite des contacts sexuels : par. 125-139. Comme a écrit le juge Cory, au nom des juges de la majorité, au par. 135 :

L’existence d’une fraude ne devrait viciar le consentement que s’il y a un risque important de préjudice grave. La fraude qui amène à consentir à un acte sexuel mais qui ne comporte pas ce risque important pourrait justifier des poursuites civiles. Cependant, elle ne devrait pas servir de fondement à une déclaration de culpabilité d’agression sexuelle. La fraude requise pour viciar le consentement relativement à cette infraction doit comporter un risque de préjudice grave. [Nous soulignons.]



[35] Third, the majority accepted that the traditional notion of fraud in relation to the nature and quality of the act and the identity of the partner would continue to vitiate consent: *Cuerrier*, at para. 118. We understand this to mean that deceptions in relation to the sexual nature of the act and the identity of the partner (narrowly defined) vitiate consent without proof that the sexual activity gave rise to the risk of serious bodily harm.

[36] The basic architecture of this approach was very recently approved by the Court in *Mabior*. The Court said:

... the *Cuerrier* approach is in principle valid. It carves out an appropriate area for the criminal law — one restricted to “significant risk of serious bodily harm”. It reflects the *Charter* values of autonomy, liberty and equality, and the evolution of the common law, appropriately excluding the *Clarence* line of authority. The test’s approach to consent accepts the wisdom of the common law that not every deception that leads to sexual intercourse should be criminalized, while still according consent meaningful scope. [Emphasis added; para. 58.]

[37] The Court in *Mabior* explained how the *Cuerrier* test applies to deceptions about HIV status. The Court concluded that HIV non-disclosure will not vitiate consent under s. 265(3)(c) if (1) the accused’s viral load at the time of sexual relations was low; and (2) condom protection was used. Notably, voluntary agreement to the sexual activity, under s. 273.1(1) was not in issue; the case proceeded on the basis that there had been subjective consent to the sexual touching at the time it had occurred and the only issue was whether fraud vitiated consent under s. 265(3)(c).

[38] An approach that asks whether the deception went to an “essential feature” of the act or

[35] Troisièmement, les juges majoritaires ont reconnu que les fraudes correspondant à la notion traditionnelle de fraude, à savoir celles ayant trait à la nature et au caractère de l’acte et à l’identité du partenaire, continueraient de vicier le consentement : *Cuerrier*, par. 118. Selon nous, cela signifie que les tromperies liées à la nature sexuelle de l’acte et à l’identité du partenaire (définie étroitement) vicier le consentement sans qu’il soit nécessaire de prouver que l’activité sexuelle présentait un risque de lésions corporelles graves.

[36] L’architecture fondamentale de cette approche a été approuvée très récemment dans l’arrêt *Mabior*, où la Cour a affirmé ce qui suit :

... le critère de l’arrêt *Cuerrier* demeure valable sur le plan des principes. Il circonscrit avec justesse la portée du droit criminel — réprimer les actes qui exposent à un « risque important de lésions corporelles graves ». Il respecte les valeurs constitutionnelles d’autonomie, de liberté et d’égalité, et il tient compte de l’évolution de la common law, soit la rupture justifiée avec le courant jurisprudentiel issu de l’arrêt *Clarence*. La notion de consentement qui le sous-tend s’inspire de la sagesse de la common law (qui s’abstient de criminaliser toute tromperie incitant à consentir à un rapport sexuel) tout en accordant une grande importance au consentement. [Nous soulignons; par. 58.]

[37] Dans *Mabior*, la Cour a expliqué comment le critère énoncé dans l’arrêt *Cuerrier* s’applique aux tromperies liées à la séropositivité. Elle a conclu que, pour l’application de l’al. 265(3)c), l’omission par un accusé de dévoiler sa séropositivité n’a pas pour effet de vicier le consentement si les conditions suivantes sont réunies : (1) la charge virale de ce dernier était faible au moment des rapports sexuels; (2) un condom a été utilisé. Il convient de souligner que, dans *Mabior*, la question de l’accord volontaire à l’activité sexuelle, au sens du par. 273.1(1), n’était pas en cause; en effet, l’affaire a été jugée sur la base de l’existence d’un consentement subjectif aux contacts sexuels au moment où ceux-ci s’étaient déroulés, et la seule question en litige était celle de savoir si la fraude avait vicié ce consentement suivant l’al. 265(3)c).

[38] Une approche comportant la question de savoir si la tromperie portait sur une « caractéristique

“how the sexual act was carried out” is inconsistent with the Court’s approach in *Cuerrier* and *Mabior*. Consider two hypotheticals. In the first, the accused lies about the fact that the condom has holes in it so that the complainant who insists that he uses a condom will consent to the sexual activity. In the second, the accused lies about his HIV status so that the complainant will consent to have sex without a condom. From a legal perspective, what is the difference between, on one hand, deceiving the complainant about the condition of the condom and creating a risk of pregnancy, and on the other hand, deceiving the complainant about HIV status so that she will agree to unprotected sex? Since *Cuerrier*, it is clear that the latter situation must be analyzed under the fraud provision in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*. Why then not the former? Consistency and certainty in the law require that both situations be treated the same.

[39] Both the Court of Appeal majority’s approach and the approach proposed by Abella and Moldaver JJ. are also fundamentally at odds with the holdings in *Cuerrier* and *Mabior* that apparent consent is vitiated by fraud only where there is both deception and deprivation. Under the Court of Appeal’s approach and that of our colleagues, mistakes — they need not be deceptions — about conditions and qualities of the physical act will result in a finding of no consent under s. 273.1(1) *even in the absence of harm or risk of harm*. This is contrary to the fundamental point made in *Cuerrier* and affirmed in *Mabior*: “The fraud required to vitiate consent for that offence must carry with it the risk of serious harm” (*Cuerrier*, at para. 135).

[40] These inconsistencies are not merely semantic — they may affect outcomes under the “essential features”/“how the act was carried out” approach. HIV status may well be an “essential

essentielle » de l’acte ou sur la « façon dont l’acte sexuel s’est déroulé » est incompatible avec celle adoptée par la Cour dans *Cuerrier* et *Mabior*. Considérons deux situations hypothétiques. Dans la première, l’accusé ment à propos du fait que le condom est perforé, afin que la plaignante — qui insiste pour qu’il porte un condom — consente à l’activité sexuelle. Dans la seconde, l’accusé ment au sujet de sa séropositivité, afin que la plaignante consente à des rapports sexuels sans condom. D’un point de vue juridique, quelle est la différence entre, d’une part, le fait de tromper la plaignante au sujet de l’état du condom et de créer un risque de grossesse, et, d’autre part, le fait de tromper la plaignante au sujet de la séropositivité pour qu’elle consente à des rapports sexuels sans protection? Depuis l’arrêt *Cuerrier*, il est clair que la seconde situation doit être analysée au regard de la disposition relative à la fraude énoncée à l’al. 265(3)c) du *Code criminel*. Pourquoi alors ne pas faire de même pour la première? La cohérence et la certitude du droit exigent que ces deux situations soient traitées de la même façon.

[39] Tant l’approche retenue par les juges majoritaires de la Cour d’appel que celle proposée par les juges Abella et Moldaver sont en outre fondamentalement incompatibles avec la conclusion tirée dans *Cuerrier* et dans *Mabior* selon laquelle un consentement apparent n’est vicié par la fraude que dans les cas où il y a à la fois tromperie et privation. Selon l’approche de la Cour d’appel et celle de nos collègues, des erreurs — lesquelles n’ont pas à résulter de tromperies — portant sur les conditions et caractéristiques de l’acte physique amèneront les tribunaux à conclure qu’il n’y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1), et ce, *même en l’absence de préjudice ou de risque de préjudice*. Un tel résultat irait à l’encontre du principe fondamental suivant, qui a été énoncé dans *Cuerrier* et confirmé dans *Mabior* : « La fraude requise pour vicier le consentement relativement à cette infraction doit comporter un risque de préjudice grave » (*Cuerrier*, par. 135).

[40] Ces contradictions ne sont pas d’ordre purement sémantique — elles pourraient avoir une incidence sur l’issue du litige si l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle

feature” of the sexual activity under the Court of Appeal majority’s approach. It could also be characterized as part of the “how” under Abella and Moldaver JJ.’s approach. If the use of an intact condom goes to the manner in which the sexual activity occurred, why not the exchange of diseased fluids? Thus, under these approaches, deceptions about HIV status could result in a finding of no consent under s. 273.1(1), even where the accused had a low viral load at the relevant time and condom protection was used. That conclusion, however, would be in direct conflict with *Cuerrier* and *Mabior*.

[41] In short, adopting the “essential features”/ “how the act was carried out” approaches would make the law inconsistent, highly formalistic and unduly uncertain. The law would be inconsistent because there is no reason in principle to analyze a case of a lie that obtains consent to unprotected sex and a lie as to the condition of a condom differently. It is highly formalistic because an error with respect to any essential feature or “physical” element, presumably including whether a condom is of a certain make or design, would vitiate consent while lies on matters relating to the physical safety of the complainant would not, absent an actual risk or harm. It is uncertain because, as we shall see, it is difficult to tell which matters form part of the “essential features” or the “how” and which do not.

(3) Underlying Objectives of the Criminal Law: Restraint and Certainty

[42] Our jurisprudence has consistently confirmed that in interpreting criminal law provisions, the twin watchwords of restraint and clarity must

basée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé » étaient appliquées. En effet, la séropositivité pourrait fort bien constituer une « caractéristique essentielle » de l’activité sexuelle suivant l’approche retenue par les juges majoritaires de la Cour d’appel. Elle pourrait aussi être considérée comme un aspect de la notion de « façon » selon l’approche proposée par les juges Abella et Moldaver. Si l’utilisation d’un condom intact touche à la manière dont l’activité sexuelle s’est déroulée, pourquoi pas le passage de fluides infectés d’une personne à une autre? Suivant ces approches, les tromperies liées à la séropositivité pourraient amener le tribunal à conclure à l’absence de consentement au sens du par. 273.1(1), même lorsque la charge virale de l’accusé était faible au moment des faits et qu’un condom a été utilisé. Or, une telle conclusion serait en contradiction directe avec les arrêts *Cuerrier* et *Mabior*.

[41] En résumé, l’adoption de l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé » aurait pour effet de rendre le droit incohérent, éminemment formaliste et excessivement incertain. Le droit serait incohérent en ce qu’il n’existe aucun principe justifiant d’analyser différemment un mensonge permettant d’obtenir le consentement d’une personne à des rapports sexuels sans protection et un mensonge concernant l’état d’un condom. Il serait éminemment formaliste en ce qu’une erreur à l’égard de quelque caractéristique essentielle ou élément « physique », y compris vraisemblablement la question de la marque ou conception particulière d’un condom, vicierait le consentement alors que des mensonges sur des aspects se rapportant à la sécurité physique du plaignant n’entraîneraient pas ce résultat, en l’absence de risque concret de préjudice. Enfin, le droit serait incertain parce que, comme nous le verrons, il est difficile de dire quels aspects font partie des caractéristiques essentielles ou de la « façon » dont l’acte physique s’est déroulé, et quels aspects n’en font pas partie.

(3) Objectifs sous-jacents du droit criminel : la modération et la certitude

[42] Dans sa jurisprudence, notre Cour n’a eu de cesse de réaffirmer que, lorsque les tribunaux sont appelés à interpréter des dispositions du

inform the inquiry. In *Cuerrier* and *Mabior*, this Court narrowly limited the sorts of deceptions that vitiate consent in order to create certainty in the law and limit criminal liability to serious, reprehensible conduct. The Court held that deceptions with respect to anything other than the sexual nature of the act or the identity of the partner will only vitiate consent if there is dishonesty which gives rise to a risk of physical harm, beyond the injury inherent in being lied to in order to induce consent. This jurisprudence provides a clear line between criminal and non-criminal conduct and avoids over-criminalization. Adopting the “essential features” or “how the physical act was carried out” approach would undercut the important objectives achieved by the Court’s jurisprudence. These approaches reintroduce a vague and unclear test for consent and broaden the scope for criminalization, including for HIV non-disclosure, thus effectively reversing this Court’s efforts to restrain and clarify the scope of criminalization in those circumstances in *Cuerrier* and *Mabior*.

[43] The Court of Appeal majority’s “essential features” approach is inherently uncertain and prone to over-criminalization. Historically, such approaches have proven unworkable because they are incapable of producing a sufficiently clear or restrained standard for the purposes of defining the scope of criminal liability.

[44] The majority of the Court of Appeal held that the “essential features” of the sexual activity are determined by the complainant’s subjective conditions for consent to that activity. There need be no deception or dishonesty on the part of the partner. It follows that the “essential features” of the sexual activity vary from person to person. It would therefore be impossible to predict what a particular

droit criminel, les deux notions jumelles que sont la modération et la clarté doivent guider leur analyse. Dans *Cuerrier* et *Mabior*, afin d’assurer la certitude du droit et de limiter la responsabilité criminelle aux comportements graves ou répréhensibles, la Cour a étroitement circonscrit le type de tromperies ayant pour effet de vicier le consentement. Elle a statué que les tromperies portant sur autre chose que la nature sexuelle de l’acte ou l’identité du partenaire ne vicient le consentement qu’en présence de malhonnêtetés engendrant un risque de préjudice physique, distinct du préjudice que cause intrinsèquement au plaignant le fait qu’on lui a menti pour obtenir son consentement. Ces décisions permettent de distinguer clairement les comportements criminels de ceux qui ne le sont pas, et d’éviter ainsi une sur-criminalisation. Adopter l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l’acte physique s’est déroulé » compromettrait les importants progrès réalisés par la jurisprudence de la Cour. En effet, ces approches réintroduisent une analyse vague et obscure en matière de consentement et ouvrent la voie à une criminalisation accrue, notamment en cas de non-divulgence de la séropositivité, annulant ainsi concrètement les efforts déployés par la Cour dans *Cuerrier* et *Mabior* en vue de restreindre et de clarifier l’étendue de la criminalisation dans de telles circonstances.

[43] L’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » retenue par les juges majoritaires de la Cour d’appel est intrinsèquement incertaine et susceptible d’entraîner une surcriminalisation. Historiquement, de telles approches se sont révélées inapplicables en ce qu’elles sont incapables de produire une norme suffisamment claire ou modérée qui permet de bien définir le champ d’application de la responsabilité criminelle.

[44] En Cour d’appel, les juges de la majorité ont statué que les « caractéristiques essentielles » de l’activité sexuelle sont déterminées par les conditions subjectives dont le plaignant assortit son consentement à l’activité en question. Il ne serait donc pas nécessaire qu’il y ait malhonnêteté ou tromperie de la part de son partenaire. Il s’ensuit que les « caractéristiques essentielles » de l’activité

person considers “essential”. It is also unclear how “essential” the feature must be to the complainant. The majority of the Court of Appeal also held that not all conditions for consent will be considered “essential features” of the sexual activity; they drew the line between characteristics that merely affect motive to engage in the sexual activity and characteristics that are “components” of the sexual activity. But this line is blurry. We are told that the use of an effective condom is a “component” of the sexual activity, not part of the motive to engage in the sexual activity. Yet the elimination of the risk of pregnancy may well be a motivation for agreeing to the sexual act. Indeed, on the complainant’s evidence in this case, she would not have consented to sex without a condom.

[45] Justices Abella and Moldaver introduce a variation on this approach but one which, as we see it, is equally uncertain. Under their approach, the “sexual activity in question” extends to “how” the sexual touching occurs, but not to the consequences of the sexual activity. But it is not clear what the “how” of the act includes, or whether agreement is undermined by only deception or also by a complainant’s unilateral mistake. Presumably, it extends to any physical aspect of the sexual activity to which the complainant has not agreed in advance — a vast swath of conduct indeed. And again, the line is blurry; many aspects of the sexual activity can be characterized as *both* part of the “how” and part of the consequences. This case provides an example. Abella and Moldaver JJ. hold that a sabotaged condom is part of “how” the sexual touching occurred, but sabotaging a condom also amounts to a deception about the potential consequences of the physical act — namely, pregnancy.

sexuelle varient d’une personne à l’autre. Il serait par conséquent impossible de prédire ce qu’une personne en particulier considérera comme « essentiel ». Il n’est pas clair non plus jusqu’à quel point une caractéristique donnée doit être « essentielle » pour le plaignant. Les juges majoritaires ont également conclu que ce ne sont pas toutes les conditions assortissant le consentement qui seront considérées comme des « caractéristiques essentielles » de l’activité sexuelle; ils ont tracé une ligne de démarcation entre les caractéristiques qui ont trait simplement au motif pour lequel une personne participe à une activité sexuelle et celles qui constituent des « composantes » de celle-ci. Mais cette ligne est floue. On affirme que l’utilisation d’un condom efficace est une « composante » de l’activité sexuelle, mais non des motifs pour participer à celle-ci. Pourtant, l’élimination du risque de grossesse pourrait fort bien constituer une raison amenant une personne à consentir à l’acte sexuel. D’ailleurs, il ressort du témoignage de la plaignante en l’espèce qu’elle n’aurait pas consenti à des rapports sexuels sans condom.

[45] Les juges Abella et Moldaver proposent une variante de cette approche, mais cette variante est selon nous tout aussi incertaine. Suivant l’approche de nos collègues, « l’activité sexuelle » englobe la « façon » dont les contacts sexuels se déroulent, mais non les conséquences de cette activité. Toutefois, il est difficile de déterminer avec clarté ce qui est inclus dans la « façon » dont l’acte se déroule, ou encore si l’accord ne peut être vicié que par suite d’une tromperie ou s’il peut également l’être par une erreur unilatérale du plaignant. On peut supposer qu’elle s’étend à tout aspect physique de l’activité sexuelle auquel le plaignant n’aurait pas au préalable consenti — certainement un très large éventail de comportements. Ici encore, la ligne est floue; de nombreux aspects de l’activité sexuelle peuvent être considérés comme relevant à la fois de la « façon » et des conséquences. La présente affaire constitue un bon exemple. Les juges Abella et Moldaver concluent qu’un condom saboté est un aspect de la « façon » dont les contacts sexuels se sont déroulés, mais le sabotage d’un condom représente aussi une tromperie quant aux conséquences éventuelles de l’acte physique, à savoir une grossesse.

[46] These approaches would also result in the criminalization of acts that should not attract the heavy hand of the criminal law. We have already noted the difficulty of seeing why the presence of a sexually transmitted infection would not be a “component” of the sexual activity or part of “how” the sexual touching occurs. Under the Court of Appeal majority’s “essential features” test, a man who pierces a condom may be found guilty of sexual assault; why would a woman who lies about birth control measures not be equally guilty? Under *Abella and Moldaver JJ.*’s test, the *quality or effectiveness* of a condom changes the sexual activity that takes place; why would it not follow that an individual might be prosecuted for using an expired condom or a particular brand of condom? Anomalies abound. The “how the physical act was carried out” test appears not to capture a woman who lies about taking birth control pills, but it might well capture a woman who lies about using a diaphragm.

[47] Conversely, the “how the act was carried out” approach would not capture conduct that is as equally reprehensible as Mr. Hutchinson’s actions, like substituting a partner’s birth control pills with sugar pills. We do not see any principled basis for criminalizing the act of sabotaging condoms, but not the act of sabotaging birth control pills.

[48] This difficulty is apparent on the facts of this case. The trial judge found that the complainant did not voluntarily agree to sexual intercourse without contraception and that Mr. Hutchinson knew this: paras. 44 and 47. What was critical to her consent was contraception and what she sought to mitigate was the risk of pregnancy. Yet on the approach adopted by our colleagues, her lack of voluntary agreement would result from the use of sabotaged condoms, but not from a lie by Mr. Hutchinson to the effect that he was sterile. These different results on the issue of voluntary

[46] Ces approches ont également pour effet de criminaliser des actes qui ne devraient pas exposer leurs auteurs aux lourdes conséquences du droit criminel. Comme nous l’avons déjà souligné, il est difficile de voir en quoi la présence d’une infection transmissible sexuellement ne pourrait pas constituer une « composante » de l’activité sexuelle ou un aspect de la « façon » dont les contacts sexuels se déroulent. Suivant l’analyse fondée sur les « caractéristiques essentielles » appliquée par les juges majoritaires de la Cour d’appel, un homme qui perce un condom peut être déclaré coupable d’agression sexuelle; pourquoi une femme qui ment au sujet des mesures contraceptives qu’elle prend ne serait pas jugée tout aussi coupable? Selon l’analyse préconisée par les juges *Abella et Moldaver*, la *qualité ou l’efficacité* d’un condom modifie l’activité sexuelle qui se déroule; pourquoi alors un homme ne pourrait-il pas être poursuivi pour avoir utilisé un condom périmé ou une marque particulière de condom? Les exemples d’anomalies abondent. Le critère fondé sur la « façon dont l’acte physique s’est déroulé » ne semble pas s’appliquer à la femme qui ment en affirmant prendre un contraceptif oral, mais il pourrait fort bien s’appliquer à celle qui prétend mensongèrement utiliser un diaphragme.

[47] À l’inverse, l’approche fondée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé » ne s’appliquerait pas à des comportements tout aussi répréhensibles que les actes de M. Hutchinson, par exemple le fait de substituer des comprimés de sucre aux contraceptifs oraux que prend sa partenaire. Aucun principe ne justifie selon nous de criminaliser le sabotage des condoms, mais non celui de contraceptifs oraux.

[48] Cette difficulté ressort clairement des faits de l’espèce. Le juge du procès a conclu que la plaignante n’avait pas volontairement donné son accord à des rapports sexuels sans moyen contraceptif, et que M. Hutchinson le savait : par. 44 et 47. L’élément essentiel pour qu’elle donne son consentement était l’utilisation d’un moyen contraceptif, et le risque qu’elle cherchait à réduire était celui de tomber enceinte. Toutefois, suivant l’approche retenue par nos collègues, il y a absence d’accord volontaire de la plaignante par suite de l’utilisation de condoms sabotés, mais ce ne serait pas le cas si

agreement respectfully lack rational justification in a case such as this one in which the whole concern of the complainant was pregnancy — a risked consequence of the sexual activity. Her consent did not turn on the “how” of the sexual act, but on whether the risk of pregnancy was mitigated to a degree which she thought sufficient.

[49] Ultimately, these approaches lead to empty semantic arguments incapable of furnishing a principled and clear line between criminal and non-criminal conduct. This conclusion is reinforced by the experience of other jurisdictions.

[50] We earlier referred to the difficulties of line drawing inherent in the “nature and quality of the act” test in *Clarence* and the Canadian *Criminal Code* until its revision in 1983. Courts experienced great difficulty in formulating principled reasons for why a certain deception did or did not relate to the nature and quality of the act and there was no principled basis upon which to confine the test to serious deceptions meriting the ultimate force of the criminal law: see, e.g., Hooper; *Cuerrier*.

[51] A further example is the distinction made in U.S. criminal and tort law between deceptions going to the fact (“fraud in the factum”) which vitiates consent for the purposes of rape and battery and other deceptions that act as inducements (“fraud in the inducement”) which do not. As expressed by one leading text, the rule is that “if the deception relates not to the thing done but merely to some collateral matter” the consent is valid: R. M. Perkins and R. N. Boyce, *Criminal Law* (3rd ed. 1982), at p. 1079. No matter how beguiling it appears at first, the distinction has proved unworkable. It is not helpful in differentiating between

M. Hutchinson avait menti et dit qu’il était stérile. Avec égards, ces résultats différents sur la question de l’accord volontaire ne reposent sur aucun fondement rationnel dans une affaire comme celle qui nous occupe, où l’entière préoccupation de la plaignante était d’éviter une grossesse — conséquence que risquait d’entraîner l’activité sexuelle. Son consentement portait non pas sur la « façon » dont se déroulerait l’activité sexuelle, mais plutôt sur la question de savoir si le risque de grossesse était réduit à un niveau qu’elle considérait comme acceptable.

[49] En dernière analyse, ces approches mènent à des arguments d’ordre sémantique creux, incapables de produire une ligne de démarcation nette et raisonnée entre les comportements criminels et les comportements non criminels. L’expérience observée dans d’autres pays à cet égard vient renforcer cette conclusion.

[50] Nous avons fait état précédemment des problèmes de démarcation que soulevait intrinsèquement le critère de la « nature et du caractère de l’acte » qui a été établi dans l’arrêt *Clarence* et a figuré dans le *Code criminel* canadien jusqu’à sa révision en 1983. Les tribunaux ont éprouvé énormément de difficulté à formuler des principes expliquant pourquoi une tromperie donnée se rattachait ou non à la nature et au caractère de l’acte, et il n’existait aucune assise raisonnée permettant de confiner l’application de ce critère aux tromperies graves commandant la rigueur du droit criminel : voir, p. ex., Hooper; *Cuerrier*.

[51] Un autre exemple est la distinction qui est faite aux États-Unis, en droit criminel et en droit de la responsabilité délictuelle, entre les tromperies quant au fait (« fraudes factuelles »), qui vicent le consentement lorsque l’acte se révèle être en réalité le crime de viol ou le délit de batterie, et les tromperies constituant des incitations (« fraudes incitatives »), qui n’ont pas pour effet de vicier le consentement. Comme l’ont exprimé les auteurs d’un ouvrage réputé en la matière, la règle est que, [TRADUCTION] « si la tromperie ne porte pas sur l’acte accompli, mais simplement sur un aspect accessoire », le consentement est valable :

legally effective and ineffective consent and where it attempts to draw the line has no basis in principle: see, e.g., P. J. Falk, “Rape by Fraud and Rape by Coercion” (1998), 64 *Brook. L. Rev.* 39, at pp. 159-61; D. A. Fischer, “Fraudulently Induced Consent to Intentional Torts” (1977), 46 *U. Cin. L. Rev.* 71, at pp. 79, 87 and 98. As Peter Westen put it, “The interchangeability of [fraud in the factum and fraud in the inducement] enables courts and commentators to conceptualize any fraud that they regard as sufficient to invalidate acquiescence as a fraud in the factum”: *The Logic of Consent* (2004), at p. 198 (emphasis in original); see also, E. W. Puttkammer, “Consent in Rape” (1924-1925), 19 *Ill. L. Rev.* 410, at p. 423; Wertheimer, at p. 206; J. Feinberg, “Victims’ Excuses: The Case of Fraudulently Procured Consent” (1986), 96 *Ethics* 330.

[52] What these lines of authority have in common is that they, like the “essential features” or “how the physical act is carried out” approach, attempt to draw a line between deceptions that do and do not vitiate consent by adjectivally categorizing the subject matter of the deception. Deceptions described as going to the “nature and quality of the act” or the “fact” (as opposed to the “inducement”) vitiate consent, while other types of deceptions do not. But the attempted distinction has proven to be too unclear, too easily manipulated, and too unconnected with underlying policy rationales to provide a useful marker of liability.

[53] The lesson is clear. Broad adjectival approaches to the “sexual activity in question” produce not only uncertainty, but also may criminalize conduct that lacks the necessary reprehensible character, casting the net of the criminal law too broadly. There is no reason to expect that attempting to categorize deceptions as to whether they go to the “essential features” of the act or to “how the

R. M. Perkins et R. N. Boyce, *Criminal Law* (3<sup>e</sup> éd. 1982), p. 1079. Aussi séduisante qu’elle puisse paraître à première vue, cette distinction s’est révélée inapplicable. Elle n’aide pas à différencier les consentements légalement valides de ceux qui ne le sont pas, et elle n’est étayée par aucun principe : voir, p. ex., P. J. Falk, « Rape by Fraud and Rape by Coercion » (1998), 64 *Brook. L. Rev.* 39, p. 159-161; D. A. Fischer, « Fraudulently Induced Consent to Intentional Torts » (1977), 46 *U. Cin. L. Rev.* 71, p. 79, 87 et 98. Comme le souligne Peter Westen, [TRADUCTION] « [l]’interchangeabilité [des notions de fraude factuelle et de fraude incitative] permet aux tribunaux et aux auteurs de considérer comme une fraude factuelle toute fraude qu’ils estiment suffisante pour annuler le consentement » : *The Logic of Consent* (2004), p. 198 (en italique dans l’original); voir aussi E. W. Puttkammer, « Consent in Rape » (1924-1925), 19 *Ill. L. Rev.* 410, p. 423; Wertheimer, p. 206; J. Feinberg, « Victims’ Excuses : The Case of Fraudulently Procured Consent » (1986), 96 *Ethics* 330.

[52] L’élément commun à ces diverses autorités est que, tout comme l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l’acte physique s’est déroulé », elles tentent de distinguer les tromperies qui vicient le consentement de celles qui n’ont pas cet effet en catégorisant l’objet de la tromperie par des qualificatifs. Les tromperies décrites comme se rapportant à la « nature et au caractère de l’acte » ou au « fait » (par opposition à l’« incitation ») vicient le consentement, alors que les autres types de tromperies n’ont pas cet effet. Cette tentative de distinction s’est toutefois révélée trop imprécise, trop facilement manipulable et trop peu rattachable à des justifications d’intérêt général sous-jacentes pour constituer un indicateur utile de la responsabilité.

[53] La leçon qu’il faut en tirer est claire. L’interprétation de l’expression « l’activité sexuelle » au moyen d’approches descriptives établissant des catégories a non seulement pour effet de créer de l’incertitude, mais elle risque également de criminaliser des comportements ne présentant pas le caractère répréhensible nécessaire, et d’étendre trop largement la portée du droit criminel. Rien ne



physical act is carried out” will fare any better than did other adjectival approaches in the past.

### C. *The Correct Approach*

[54] We conclude that Farrar J.A. was correct to interpret the “sexual activity in question” in s. 273.1(1) to refer simply to the physical sex act itself (for example, kissing, petting, oral sex, intercourse, or the use of sex toys). The complainant must agree to the *specific* physical sex act. For example, as our colleagues correctly note, agreement to one form of penetration is not agreement to any or all forms of penetration and agreement to sexual touching on one part of the body is not agreement to all sexual touching.

[55] The “sexual activity in question” does not include conditions or qualities of the physical act, such as birth control measures or the presence of sexually transmitted diseases. Thus, at the first stage of the consent analysis, the Crown must prove a lack of subjective voluntary agreement to the specific physical sex act. Deceptions about conditions or qualities of the physical act may vitiate consent under s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*, if the elements for fraud are met.

[56] This approach fits within the ordinary meaning of s. 273.1(1) and the scheme of the *Code*, and it does not pose problems of uncertainty, over-criminalization, or inconsistency with *Cuerrier* and *Mabior*.

[57] In our view, “voluntary agreement . . . to . . . the sexual activity in question” also encompasses both the sexual nature of the activity (i.e., that the act was sexual in nature as opposed to being for a different purpose, such as a medical examination) and the identity of the partner (defined in the

permet de penser que la catégorisation des tromperies selon qu’elles touchent ou non aux « caractéristiques essentielles » de l’acte ou à la « façon dont l’acte s’est déroulé » donnera de meilleurs résultats que les approches descriptives antérieures.

### C. *La bonne approche à adopter*

[54] Nous concluons que le juge Farrar a eu raison de considérer que l’expression « l’activité sexuelle » au par. 273.1(1) s’entend tout simplement de l’acte sexuel physique lui-même (par exemple les baisers, les caresses, le sexe oral, les rapports sexuels ou l’utilisation d’accessoires sexuels). Le plaignant doit donner son accord à l’acte sexuel physique *spécifique*. À titre d’exemple, comme le soulignent à juste titre nos collègues, donner son accord à une forme de pénétration ne vaut pas consentement à toute forme de pénétration, et consentir à ce qu’une partie de son corps soit touchée ne vaut pas consentement à toute forme de contacts sexuels.

[55] L’expression « l’activité sexuelle » ne vise pas les conditions ou les caractéristiques de l’acte physique, telles les mesures contraceptives qui sont prises ou la présence de maladies transmissibles sexuellement. En conséquence, à la première étape de l’analyse relative au consentement, le ministre public doit prouver l’absence d’accord volontaire subjectif à l’acte sexuel physique précis. Les tromperies rattachables aux conditions ou aux caractéristiques de l’acte physique peuvent vicier le consentement si les éléments constitutifs de l’infraction de fraude prévue à l’al. 265(3)c) du *Code criminel* sont réunis.

[56] Cette approche cadre bien avec le sens ordinaire du par. 273.1(1) et l’économie du *Code*; de plus, elle ne soulève aucun problème d’incertitude, de surcriminalisation ou d’incompatibilité avec les arrêts *Cuerrier* et *Mabior*.

[57] À notre avis, l’expression « accord volontaire [. . .] à l’activité sexuelle » englobe en outre tant la nature sexuelle de l’activité (c.-à-d. le fait qu’il s’agissait d’un acte de nature sexuelle par opposition à un acte accompli à une autre fin, par exemple un examen médical), que l’identité du

narrow sense of the specific identity of a partner who is personally known to the complainant). While identity and the sexual nature of the act were troublesome issues for the early cases, and while *Cuerrier*, in *obiter*, suggests that they might be considered at the second stage of the consent analysis under s. 265(3)(c), the better view is that “voluntary agreement . . . to . . . the sexual activity in question” will not exist under s. 273.1(1) if the complainant did not subjectively agree to the sexual nature of the act or the specific identity of the partner. As a result, a complainant’s mistaken belief about the identity of the partner or the sexual nature of the act — whether or not that mistake is the result of a deception — will result in no consent under s. 273.1(1) of the *Criminal Code*.

[58] The sexual nature of the act is expressly included by the reference in s. 273.1(1) to the “sexual activity in question”. If one voluntarily agrees to a non-sexual activity (for example, a medical examination), one is not voluntarily agreeing to a sexual activity. Similarly, in our view, the identity of the partner, in the narrow sense, should be included in the “sexual activity in question” under s. 273.1(1); if a complainant agrees to sexual activity with A, who is a specific individual known personally to her, she is not agreeing to sexual activity with B.

[59] A number of early cases support this interpretation. For example, in *R. v. Flattery* (1877), 2 Q.B.D. 410 (Cr. Cas. Res.), the court upheld a conviction of rape where a man obtained sex from a girl on the pretext of medical treatment. The court noted that the case was not a case where a man induced consent to sex through fraud; rather, the victim consented to a surgical operation — not to a sexual act. Thus, there was no consent to any sexual activity.

partenaire (facteur défini étroitement comme étant l’identité précise d’un partenaire que connaît personnellement le plaignant). Bien que la question de l’identité et celle de la nature sexuelle de l’acte aient constitué des aspects complexes dans les premières décisions, et bien que, dans l’arrêt *Cuerrier*, une remarque incidente suggère que ces questions pourraient être examinées à la deuxième étape de l’analyse relative au consentement, soit sous le régime de l’al. 265(3)c), l’approche qu’il convient d’adopter est la suivante : il y a absence d’« accord volontaire [. . .] à l’activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1) si le plaignant n’a pas subjectivement consenti à la nature sexuelle de l’acte ou à l’identité précise de son partenaire. Par conséquent, en cas de croyance erronée du plaignant quant à l’identité de son partenaire ou à la nature sexuelle de l’acte — que cette erreur résulte ou non d’une tromperie —, il n’y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1) du *Code criminel*.

[58] La nature sexuelle de l’acte est un élément expressément inclus comme en témoigne le qualificatif utilisé dans l’expression « l’activité sexuelle » au par. 273.1(1). Si une personne donne volontairement son accord à une activité non sexuelle (un examen médical par exemple), elle ne consent pas volontairement à une activité sexuelle. De même, nous sommes d’avis que l’expression « l’activité sexuelle » figurant au par. 273.1(1) devrait inclure la notion d’identité du partenaire, au sens étroit de ce terme; en effet, si la plaignante donne son accord à une activité sexuelle avec A, une personne précise qu’elle connaît personnellement, elle ne consent pas à une activité sexuelle avec B.

[59] Un certain nombre d’anciennes décisions appuient cette interprétation. Dans *R. c. Flattery* (1877), 2 Q.B.D. 410 (Cr. Cas. Res.), par exemple, le tribunal a confirmé la déclaration de culpabilité pour viol prononcée contre un homme qui avait eu des rapports sexuels avec une jeune femme en prétendant qu’il s’agissait d’un traitement médical. La cour a souligné qu’il ne s’agissait pas d’un cas où un homme avait incité sa victime à consentir par la fraude, mais plutôt d’un cas où, comme la victime avait consenti à une intervention chirurgicale — et non à un acte sexuel —, il n’y avait pas eu consentement à une activité sexuelle.

[60] Similarly, *R. v. Dee* (1884), 14 L.R. Ir. 468 (Cr. Cas. Res.), the court upheld a conviction of rape where a man pretended to be the victim's husband. May C.J. stated that "[t]he act she permitted cannot properly be regarded as the real act which took place; therefore, the connexion was done, in my opinion, without her consent, and the crime of rape was constituted" (p. 479).

[61] In *Dee*, Palles C.B. stated:

. . . an act done under the *bona fide* belief that it is another act *different in its essence* is not in law the act of the party. That is the present case — a case which it is hardly necessary to point out is not that of consent in fact sought to be avoided for fraud, but one in which that which took place never amounted to consent. The person by whom the act was to be performed was part of its essence. The consent of the intellect, the only consent known to the law, was to the act of the husband only . . . . [Emphasis in original; p. 488.]

[62] In *Clarence*, Stephen J. acknowledged that there is abundant authority for the idea that frauds about identity or the sexual nature of the act vitiate consent. However, he commented:

I should myself prefer to say that consent in such cases does not exist at all, because the act consented to is not the act done. Consent to a surgical operation or examination is not a consent to sexual connection or indecent behaviour. Consent to connection with a husband is not consent to adultery. [p. 44]

[63] More recently, the Ontario Court of Appeal in *R. v. G.C.*, 2010 ONCA 451, 266 O.A.C. 299, leave to appeal refused, [2010] 3 S.C.R. v, adopted this approach and held that the complainant's belief that the partner was her boyfriend when it was in fact his identical twin resulted in *no consent* to the

[60] De même, dans l'affaire *R. c. Dee* (1884), 14 L.R. Ir. 468 (Cr. Cas. Res.), une déclaration de culpabilité pour viol a été confirmée dans le cas d'un homme qui avait prétendu être le mari de la victime. D'affirmer le juge en chef May, [TRADUCTION] « [I]'acte qu'elle a autorisé ne peut à bon droit être considéré comme l'acte véritable ayant eu lieu; il y a donc eu, à mon avis, relations sexuelles sans son consentement, et le crime de viol a été établi » (p. 479).

[61] Dans *Dee*, le baron en chef Palles s'est pour sa part exprimé en ces termes :

[TRADUCTION] . . . un acte accompli par une personne qui croit en toute bonne foi qu'il s'agit d'un acte *essentiellement différent* ne constitue pas en droit un acte de cette personne. Nous sommes en présence d'un tel cas — une affaire qui, il n'est guère besoin de le souligner, n'est pas un cas de consentement que l'on veut dans les faits faire déclarer nul pour cause de fraude, mais plutôt une situation où il n'y a jamais eu consentement à ce qui s'est déroulé. La personne par qui l'acte devait être accompli faisait partie de l'essence même de l'acte. Le consentement résultant de l'intelligence, le seul consentement connu en droit, valait uniquement pour les actes accomplis par le mari . . . [En italique dans l'original; p. 488.]

[62] Dans *Clarence*, le juge Stephen a reconnu l'existence d'une abondante jurisprudence étayant la thèse selon laquelle les fraudes portant sur l'identité du partenaire ou la nature sexuelle de l'acte vicient le consentement. Il a toutefois formulé l'observation suivante :

[TRADUCTION] Je préfère pour ma part dire que, dans de tels cas, aucun consentement n'a été donné, parce que l'acte auquel il a été consenti n'est pas celui qui a été accompli. Le consentement à une intervention chirurgicale ou à un examen médical ne constitue pas un consentement à des relations sexuelles ou à un attentat à la pudeur. La femme qui consent à des relations sexuelles avec son mari ne consent pas à l'adultère. [p. 44]

[63] Plus récemment, dans *R. c. G.C.*, 2010 ONCA 451, 266 O.A.C. 299, autorisation d'appel refusée, [2010] 3 R.C.S. v, la Cour d'appel de l'Ontario a adopté cette approche et conclu que, comme la plaignante croyait que le partenaire était son petit ami, alors qu'il s'agissait en fait du frère jumeau

“sexual activity in question” under s. 273.1 of the *Criminal Code*. (See also *R. v. O.A.*, 2013 ONCA 581, 310 O.A.C. 305.)

#### V. Application

[64] The first question is whether the complainant voluntarily agreed to the “sexual activity in question”. On the approach we propose, the “sexual activity in question” was the sexual intercourse that took place in this case. Effective condom use is a method of contraception and protection against sexually transmitted disease; it is not a sex act.

[65] There is no dispute that the complainant subjectively consented to sexual intercourse with Mr. Hutchinson at the time that it occurred. We conclude that the Crown did not prove that there was no voluntary agreement to the “sexual activity in question” under s. 273.1(1) of the *Criminal Code*.

[66] The next question is whether any of the circumstances in which voluntary agreement is not effective apply. These circumstances are listed in s. 265(3) and s. 273.1(2). The only provision argued is s. 265(3)(c). So the key issue is whether the complainant’s agreement to the sexual activity in question was vitiated by fraud under s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*.

[67] As we have seen, “fraud” for the purposes of consent has two elements: (1) dishonesty, which can include the non-disclosure of important facts; and (2) deprivation or risk of deprivation in the form of serious bodily harm which results from the dishonesty (*Cuerrier*). Did the Crown prove that no consent was obtained by virtue of fraud?

[68] The dishonesty in this case is evident and admitted. Mr. Hutchinson obtained the complainant’s consent to sexual intercourse only by failing to disclose the critical fact that he had sabotaged

identique de ce dernier, il n’y avait eu *aucun consentement*, au sens de l’art. 273.1 du *Code criminel*, à « l’activité sexuelle ». (Voir aussi *R. c. O.A.*, 2013 ONCA 581, 310 O.A.C. 305.)

#### V. Application aux faits de l’espèce

[64] La première question qui se pose consiste à déterminer si la plaignante a volontairement donné son accord à « l’activité sexuelle ». Suivant l’approche que nous proposons, « l’activité sexuelle » a consisté en les rapports sexuels qui se sont déroulés en l’espèce. L’utilisation d’un condom efficace est une méthode de contraception, ainsi qu’une mesure de protection contre les maladies transmissibles sexuellement; elle ne constitue pas un acte sexuel.

[65] Personne ne conteste que la plaignante avait subjectivement consenti à avoir des rapports sexuels avec M. Hutchinson au moment où ceux-ci se sont déroulés. Nous concluons que le ministère public n’a pas prouvé qu’il y avait eu absence d’accord volontaire à « l’activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1) du *Code criminel*.

[66] La question suivante consiste à décider si l’une ou l’autre des circonstances niant l’existence d’un accord volontaire s’applique en l’espèce. Ces circonstances sont énoncées aux par. 265(3) et 273.1(2). La seule disposition invoquée est l’al. 265(3)(c). La question clé est donc de savoir si l’accord donné par la plaignante à l’activité sexuelle était vicié par la fraude suivant l’al. 265(3)(c) du *Code criminel*.

[67] Comme nous l’avons vu, la « fraude » en matière de consentement comporte deux éléments : (1) une malhonnêteté, qui peut consister en la non-divulgarion de faits importants; (2) une privation ou un risque de privation résultant de la malhonnêteté et prenant la forme de lésions corporelles graves (*Cuerrier*). Le ministère public a-t-il prouvé l’absence de consentement en raison d’une fraude?

[68] En l’espèce, la malhonnêteté est évidente et admise. Monsieur Hutchinson n’a obtenu le consentement de la plaignante aux rapports sexuels qu’en dissimulant le fait important qu’il avait saboté

the condoms and thereby compromised their contraceptive value. The only remaining issue is whether there was a sufficient deprivation to establish fraud.

[69] Mr. Hutchinson argues that the universal threshold for deprivation under s. 265(3)(c) post-*Cuerrier* is a “significant risk of serious bodily harm”, and that the Crown did not establish that here. The Crown argues that a new trial is required to determine whether the risk of pregnancy caused by the sabotaged condoms constituted a “significant risk of serious bodily harm”. These arguments over-read *Cuerrier*. The Court in *Cuerrier* was addressing the specific risk of sexually transmitted diseases. It did not foreclose the possibility that other types of harm may amount to equally serious deprivations and therefore suffice to establish the requirements of fraud under s. 265(3)(c).

[70] The concept of “harm” does not encompass only bodily harm in the traditional sense of that term; it includes at least the sorts of profound changes in a woman’s body — changes that may be welcomed or changes that a woman may choose not to accept — resulting from pregnancy. Depriving a woman of the choice whether to become pregnant or increasing the risk of pregnancy is equally serious as a “significant risk of serious bodily harm” within the meaning of *Cuerrier*, and therefore suffices to establish fraud vitiating consent under s. 265(3)(c).

[71] We conclude that where a complainant has chosen not to become pregnant, deceptions that deprive her of the benefit of that choice by making her pregnant, or exposing her to an increased risk of becoming pregnant by removing effective birth control, may constitute a sufficiently serious deprivation for the purposes of fraud vitiating consent under s. 265(3)(c).

les condoms et ainsi compromis leur efficacité contraceptive. La seule question qu’il reste à trancher est celle de savoir s’il y a eu privation suffisante pour établir l’existence d’une fraude.

[69] Monsieur Hutchinson prétend que, depuis l’arrêt *Cuerrier*, la privation minimale requise dans tous les cas pour l’application de l’al. 265(3)c) est l’existence d’un « risque important de lésions corporelles graves », et que le ministère public n’a pas fait la preuve d’un tel risque en l’espèce. Pour sa part, le ministère public plaide qu’un nouveau procès doit avoir lieu afin de déterminer si le risque de grossesse découlant de l’utilisation de condoms sabotés constituait un « risque important de lésions corporelles graves ». Ces arguments reposent sur une lecture inexacte de l’arrêt *Cuerrier*. Dans cette affaire, la Cour examinait les risques particuliers découlant des maladies transmissibles sexuellement. Elle n’a pas écarté la possibilité que d’autres types de préjudices puissent constituer des privations tout aussi graves et, de ce fait, satisfaire à la condition requise pour qu’il y ait fraude suivant l’al. 265(3)c).

[70] La notion de « préjudice » ne s’entend pas uniquement des lésions corporelles au sens traditionnel de ce terme; elle vise également à tout le moins les changements profonds que cause une grossesse au corps d’une femme — changements qui pourraient être les bienvenus ou que la femme pourrait choisir de ne pas accepter. Le fait de priver une femme de la faculté de choisir si elle veut ou non devenir enceinte, ou celui d’accroître les risques qu’elle le devienne, est tout aussi grave qu’un « risque important de lésions corporelles graves » au sens de l’arrêt *Cuerrier*, et il suffit donc pour établir l’existence d’une fraude viciant le consentement pour l’application de l’al. 265(3)c).

[71] Nous arrivons à la conclusion que, dans les cas où une plaignante a choisi de ne pas devenir enceinte, les tromperies qui la privent du bénéfice de ce choix — soit en la rendant enceinte, soit en l’exposant à un risque accru de grossesse par l’élimination de mesures contraceptives efficaces — peuvent constituer une privation suffisamment grave pour représenter une fraude viciant le consentement suivant l’al. 265(3)c).

[72] This application of “fraud” under s. 265(3)(c) is consistent with *Charter* values of equality and autonomy, while recognizing that not every deception that induces consent should be criminalized. To establish fraud, the dishonest act must result in a deprivation that is equally serious as the deprivation recognized in *Cuerrier* and in this case. For example, financial deprivations or mere sadness or stress from being lied to will not be sufficient.

[73] In this case, while the Crown did not establish beyond a reasonable doubt that the complainant’s pregnancy was the result of the damaged condoms, Mr. Hutchinson exposed her to an increased risk of becoming pregnant by using a faulty condom. As the trial judge found, a condom with a pinprick in it is no longer effective birth control (para. 27). This constituted a sufficient deprivation for fraud, within the meaning established in *Cuerrier*.

[74] We conclude that there was no consent in this case by reason of fraud, pursuant to s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*. Mr. Hutchinson is therefore guilty of sexual assault.

## VI. Disposition

[75] We would dismiss the appeal.

The reasons of Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ. were delivered by

[76] ABELLA AND MOLDAVER JJ. — This case involves a woman who agreed to sexual intercourse with a condom. When a woman agrees to have sexual intercourse with a condom, she is consenting to a particular sexual activity. It is a different sexual activity than sexual intercourse *without* a condom. Her reasons for requiring a condom as part of the activity may be to prevent pregnancy, or they may be a matter of personal preference. But whatever her reasons, they are beyond the scope of the criminal

[72] En plus d’être compatible avec les valeurs d’égalité et d’autonomie consacrées par la *Charte*, cette interprétation de la « fraude » visée à l’al. 265(3)c) reconnaît qu’il n’y a pas lieu de criminaliser toute tromperie qui incite une personne à donner son consentement. Pour établir l’existence d’une fraude, il faut prouver que l’acte malhonnête a entraîné une privation tout aussi grave que celle reconnue dans l’arrêt *Cuerrier* et en l’espèce. À titre d’exemple, des privations financières ou le seul fait que le plaignant ressent de la tristesse ou du stress parce qu’on lui a menti ne suffiront pas.

[73] Dans la présente affaire, bien que le ministère public n’ait pas prouvé hors de tout doute raisonnable que la plaignante était devenue enceinte en raison des condoms endommagés, M. Hutchinson l’a néanmoins exposée à un risque accru de grossesse en utilisant un condom défectueux. Comme a conclu le juge du procès, un condom troué par une aiguille ne constitue plus une mesure contraceptive efficace (par. 27). Il s’agissait là d’une privation suffisante pour conclure à une fraude au sens donné à cette notion dans *Cuerrier*.

[74] Nous concluons qu’en l’espèce il n’y pas eu consentement en raison d’une fraude visée à l’al. 265(3)c) du *Code criminel*. Monsieur Hutchinson est par conséquent coupable d’agression sexuelle.

## VI. Dispositif

[75] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Abella, Moldaver et Karakatsanis rendus par

[76] LES JUGES ABELLA ET MOLDAVER — La présente affaire concerne une femme qui a donné son accord à des rapports sexuels avec condom. Lorsqu’une femme donne son accord à des rapports avec condom, elle consent à une activité sexuelle particulière. Il s’agit d’une activité sexuelle différente de rapports sexuels *sans* condom. La raison pour laquelle elle exige le port d’un condom peut être le désir de prévenir une grossesse, tout comme il peut également s’agir d’une préférence

law. What *is* within its scope is what she actually agreed to, not why. The deliberate and undisclosed thwarting of her agreement as to how the intercourse is to take place turns the sexual activity into a non-consensual act, regardless of its consequences. This engages s. 273.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, whose purpose is to ascertain whether there was consent to the activity in the first place. This is, first and foremost, a function of everyone's right to decide whether and how to engage in sexual activity.

[77] The factual events which gave rise to these proceedings are not in dispute. The complainant agreed to have sexual intercourse with Craig Hutchinson with a condom so that she would not get pregnant. Condom use, therefore, clearly meant an intact condom. Mr. Hutchinson secretly poked holes in the condom and used it during sexual intercourse. The complainant only learned of this when he later told her what he had done. At trial, Mr. Hutchinson was convicted of sexual assault under s. 271 of the *Criminal Code*.

[78] The issue before this Court is which *Criminal Code* provision applies in examining whether there was consent. The trial judge and a majority of the Nova Scotia Court of Appeal found that s. 273.1(1) applied and concluded that under that provision, there was no consent to the sexual activity in question. The dissenting judge was of the view that the complainant had consented to sexual intercourse generally and that the condom was not part of the sexual activity. He would have ordered a new trial to determine whether the consent had been vitiated by fraud under s. 265(3)(c).

personnelle. Mais, quelles qu'elles soient, ces raisons débordent le champ d'application du droit criminel. L'aspect qui *relève* du droit criminel est ce à quoi elle a effectivement donné son accord, non pourquoi elle l'a donné. Le fait de contrecarrer secrètement et délibérément l'accord qu'a donné la plaignante à l'égard de la façon dont les rapports sexuels doivent se dérouler a pour effet de transformer l'activité sexuelle en un acte non consensuel, indépendamment des conséquences de cette activité. Cette situation entraîne l'application du par. 273.1(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui a pour objet de permettre de déterminer s'il y a eu au départ consentement à l'activité. Il s'agit là d'abord et avant tout d'une conséquence du droit de toute personne de décider si elle veut oui ou non participer à une activité sexuelle et, dans l'affirmative, de quelle façon.

[77] Les faits à l'origine de l'instance ne sont pas contestés. La plaignante a accepté d'avoir des rapports sexuels avec Craig Hutchinson si ce dernier portait un condom, pour ne pas qu'elle tombe enceinte. L'utilisation du condom s'entendait donc clairement d'un condom intact. Monsieur Hutchinson a secrètement percé des trous dans le condom et il l'a utilisé pendant les rapports sexuels. Ce n'est que plus tard que la plaignante a appris ce que M. Hutchinson avait fait, lorsque celui-ci lui a dit. À son procès, M. Hutchinson a été déclaré coupable d'agression sexuelle en vertu de l'art. 271 du *Code criminel*.

[78] La question en litige devant notre Cour consiste à déterminer quelle disposition du *Code criminel* s'applique pour décider s'il y a eu consentement. Le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse ont statué que le par. 273.1(1) s'appliquait et ils ont conclu que, suivant cette disposition, il n'y avait pas eu consentement à l'activité sexuelle. Le juge dissident a exprimé l'avis que la plaignante avait consenti à des rapports sexuels de manière générale et que le port d'un condom ne faisait pas partie de l'activité sexuelle. Il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès afin que soit tranchée la question de savoir si ce consentement avait été vicié par la fraude suivant l'al. 265(3)(c).

[79] We would dismiss the appeal. The starting point for the analysis is s. 273.1(1). The question is not whether consent was vitiated by fraud, it is whether there was consent to the sexual activity in the first place. In our view, there was no such consent, making s. 273.1(1) the applicable provision. The complainant in this case agreed to engage in sexual activity in a certain manner, that is, sexual intercourse with a condom. It goes without saying that when someone agrees to sexual intercourse with a condom, she is agreeing to sexual intercourse with an *intact* condom. The deliberate sabotaging of that condom without her knowledge or agreement makes what happened different from what the complainant agreed to. Since the complainant never agreed to engage in sexual intercourse with a sabotaged condom, there is therefore no consent under s. 273.1(1) and the inquiry for the purposes of the *actus reus* of sexual assault is complete.

#### Analysis

[80] The relevant provisions, s. 273.1(1) and s. 265(3)(c), state:

**273.1** (1) Subject to subsection (2) and subsection 265(3), “consent” means, for the purposes of sections 271, 272 and 273, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question.

#### **265. . . .**

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

- (a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;
- (b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;
- (c) fraud; or
- (d) the exercise of authority.

[79] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi. Le paragraphe 273.1(1) constitue le point de départ de l’analyse. La question à trancher n’est pas celle de savoir si le consentement a été vicié par la fraude, il s’agit de savoir s’il y a eu au départ consentement à l’activité sexuelle. Selon nous, il n’y a pas eu de tel consentement. C’est donc le par. 273.1(1) qui est applicable. La plaignante en l’espèce a consenti à des activités sexuelles qui se dérouleraient d’une certaine façon, soit à des rapports sexuels avec condom. Il va sans dire que, lorsqu’une personne donne son accord à des rapports sexuels avec condom, elle donne son accord à des rapports sexuels avec un condom *intact*. Le sabotage délibéré du condom, à l’insu de cette personne et sans son accord, fait de l’activité qui s’est déroulée une activité différente de celle à laquelle elle avait consenti. Puisque la plaignante n’a jamais consenti à avoir des rapports sexuels avec un condom saboté, il n’y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1) et l’examen aux fins de l’*actus reus* de l’agression sexuelle est terminé.

#### Analyse

[80] Les dispositions pertinentes, en l’occurrence le par. 273.1(1) et l’al. 265(3)c), sont rédigées ainsi :

**273.1** (1) Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3), le consentement consiste, pour l’application des articles 271, 272 et 273, en l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle.

#### **265. . . .**

(3) Pour l’application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison :

- a) soit de l’emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;
- b) soit des menaces d’emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;
- c) soit de la fraude;
- d) soit de l’exercice de l’autorité.



[81] In *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, this Court set out the governing framework for analyzing whether the elements of sexual assault are met in a given case. The *mens rea* for sexual assault requires the accused to have knowledge of, or be willfully blind to, the complainant's lack of consent. The central focus of the analysis of the *actus reus* of sexual assault, on the other hand, is to determine what the complainant agreed to, and what in fact took place. The *actus reus* requires proof of three elements: "(i) touching, (ii) the sexual nature of the contact, and (iii) the absence of consent" (para. 25). While the first two elements are determined objectively, the third — the absence of consent — "is subjective and determined by reference to the complainant's subjective internal state of mind towards the touching, at the time it occurred" (para. 26). It is the third component of the *actus reus* that we are concerned with in this appeal.

[82] In *Ewanchuk*, the foundational principles underlying the law of sexual assault were distilled by Major J. as follows:

Society is committed to protecting the personal integrity, both physical and psychological, of every individual. Having control over *who* touches one's body, and *how*, lies at the core of human dignity and autonomy. The inclusion of assault and sexual assault in the *Code* expresses society's determination to protect the security of the person from any non-consensual contact or threats of force. The common law has recognized for centuries that the individual's right to physical integrity is a fundamental principle, "every man's person being sacred, and no other having a right to meddle with it, in any the slightest manner" . . . . It follows that any intentional but unwanted touching is criminal. [Emphasis added; para. 28.]

[83] In other words, society's commitment to protecting a person's autonomy and dignity requires that individuals have the right to determine *who* touches their body, and *how* the touching will

[81] Dans *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, notre Cour a énoncé le cadre d'analyse applicable pour déterminer si les éléments de l'infraction d'agression sexuelle sont établis dans une affaire donnée. Pour que soit établie la *mens rea*, il faut démontrer que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il a fait montre d'aveuglement volontaire à cet égard. Par ailleurs, l'analyse de l'*actus reus* de l'agression sexuelle consiste essentiellement à déterminer ce à quoi la plaignante a donné son accord et ce qui s'est produit dans les faits. L'*actus reus* requiert la preuve de trois éléments : « (i) les attouchements, (ii) la nature sexuelle des contacts, (iii) l'absence de consentement » (par. 25). Bien que les deux premiers éléments soient déterminés objectivement, le troisième — l'absence de consentement — « est subjecti[f] et détermin[é] par rapport à l'état d'esprit subjectif dans lequel se trouvait en son for intérieur la plaignante à l'égard des attouchements, lorsqu'ils ont eu lieu » (par. 26). Dans le présent pourvoi, c'est le troisième élément de l'*actus reus* qui nous intéresse.

[82] Dans l'arrêt *Ewanchuk*, le juge Major a résumé ainsi les principes fondamentaux qui sous-tendent les règles de droit applicables en matière d'agression sexuelle :

La société est déterminée à protéger l'intégrité personnelle, tant physique que psychologique, de tout individu. Le pouvoir de l'individu de décider *qui* peut toucher son corps et *de quelle façon* est un aspect fondamental de la dignité et de l'autonomie de l'être humain. L'inclusion des infractions de voies de fait et d'agression sexuelle dans le *Code* témoigne de la détermination de la société à assurer la sécurité des personnes, en les protégeant des contacts non souhaités ou des menaces de recours à la force. La common law reconnaît depuis des siècles que le droit d'un individu à son intégrité physique est un principe fondamental : [TRADUCTION] « la personne de tout homme étant sacrée, et nul n'ayant le droit de lui porter atteinte, quelque légère qu'elle soit » [. . .] Par conséquent, tout attouchement intentionnel mais non souhaité est criminel. [Italiques ajoutés; par. 28.]

[83] Autrement dit, parce que la société est déterminée à protéger l'autonomie et la dignité de la personne, il faut que celle-ci ait le droit de décider *qui* touchera son corps et la *façon* dont se dérouleront

occur. The right to determine *how* sexual touching is to occur clearly encompasses a person's right to determine where one's body is touched and by what means. At its core, this case concerns the right recognized in *Ewanchuk* to determine how sexual touching will take place.

[84] This protection underlies the definition of consent set out in s. 273.1(1) as being “the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question”. When it defined consent in s. 273.1(1) in this way in 1992, Parliament's intent was to address the “fundamental” issue of giving full and clear meaning to the concept of “consent” (Kim Campbell, Minister of Justice and Attorney General of Canada, *House of Commons Debates*, vol. IX, 3rd Sess., 34th Parl., June 15, 1992, at pp. 12027-28; see also pp. 12041 and 12043). As another parliamentarian explained:

Consent is the crux of sexual assault trials. If it has been established that consent has been given, the woman's claim of attack is rejected. It is imperative that the law be absolutely clear on this matter, as must the partners involved in the sexual activity.

The bill states that consent is the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question. There is no need for lawyers to be present. All you need are two people who understand each other's needs . . . .

(Shirley Maheu, M.P. from Saint-Laurent—Cartierville, *ibid.*, at p. 12045)

[85] Since the protection of personal integrity underlies the requirement for consent in s. 273.1(1), consent to the “sexual activity in question” necessarily means the complainant's voluntary agreement both to engage in touching of a sexual nature and to the manner in which that touching is carried out. In other words, without voluntary agreement as to the “how” — the manner in which the sexual activity in question occurred — there is no consent within the meaning of s. 273.1(1).

les contacts sexuels. Le droit d'une personne de décider de la *façon* dont se dérouleront les contacts sexuels englobe clairement celui de décider quelle partie de son corps sera touchée et par quel moyen. Essentiellement, la présente espèce concerne le droit reconnu dans *Ewanchuk* de décider de la façon dont se dérouleront les contacts sexuels.

[84] Cette protection est à la base de la définition du mot « consentement » énoncée au par. 273.1(1), à savoir « l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle ». Lorsque, en 1992, le Parlement a défini le consentement en ces termes au par. 273.1(1), il entendait régler la question « fondamentale » du « consentement » en établissant une définition claire et complète de ce concept (Kim Campbell, ministre de la Justice et procureure générale du Canada, *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 15 juin 1992, p. 12027-12028; voir aussi p. 12041 et 12043). Comme l'a expliqué une autre parlementaire :

Le consentement est le nœud de tout procès pour agression sexuelle. Si on établit qu'une femme a donné son accord, sa plainte est alors rejetée. Il est essentiel que la loi soit tout à fait claire sur cette question et que les partenaires sexuels sachent exactement à quoi s'en tenir.

On précise dans le projet de loi que le consentement consiste en l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle. Il est inutile que des avocats soient présents. Il suffit que deux personnes comprennent leurs besoins respectifs . . . .

(Shirley Maheu, députée de Saint-Laurent—Cartierville, *ibid.*, p. 12045)

[85] Comme la protection de l'intégrité personnelle est à la base de l'exigence relative au consentement prévue au par. 273.1(1), le consentement à « l'activité sexuelle » s'entend nécessairement de l'accord volontaire du plaignant à la fois aux contacts de nature sexuelle et à la manière dont ces contacts se déroulent. En d'autres mots, en l'absence d'accord volontaire quant à la « façon » — c'est-à-dire la manière dont s'est déroulée l'activité sexuelle — il n'y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1).

[86] The dissenting judge in the Court of Appeal, like McLachlin C.J. and Cromwell J., concluded that the specific sexual activity in question here was “sexual intercourse”. Since the complainant consented to sexual intercourse, there was consent within the meaning of s. 273.1(1). In the dissenting judge’s view, the term “sexual activity” in s. 273.1(1) has a narrow meaning, referring only to “actual incidents of physical touching, whether oral sex, or intercourse, or another ‘category’ of activity, and not to the *conditions* of that touching” (para. 127 (emphasis in original)). With respect, advertent to generic, categorical labels of sexual activity obscures the purpose of the consent inquiry regarding the *actus reus* of sexual assault. The complainant must consent to the sexual touching which actually took place (*Ewanchuk*, at para. 26). And this Court confirmed in *R. v. J.A.*, [2011] 2 S.C.R. 440, that the relevant time for determining that consent is when the activity occurred. To interpret “sexual activity in question” in s. 273.1(1) without regard to the specific touching that occurs extinguishes the right of a person to decide whether to give or withhold consent to the sexual activity which is to take place.

[87] The dissenting judge’s technical definition of “sexual activity in question” also suggests that once a person consents to a “category” of sexual activity, the inquiry goes to s. 265(3) to determine whether that general consent was vitiated. This, with respect, reads out the protection in *Ewanchuk* for the “how” of the sexual touching. A person who has consented to being touched over her clothing above the waist, is not consenting to being touched under her clothing below the waist. Both instances are “touching”, but only one was agreed to. In the same way, agreeing to “penetration” does not thereby mean consenting to any or all forms or penetration. The notion that general consent is given under s. 273.1(1) so long as the other person’s actions fall somewhere within the generic category of what the complainant agreed to, such as touching or penetration, is untenable. It represents the triumph of terminology over personal integrity and

[86] En Cour d’appel, le juge dissident a conclu, à l’instar de la juge en chef McLachlin et du juge Cromwell, que l’activité sexuelle spécifique dans la présente affaire consistait en des « rapports sexuels ». Puisque la plaignante avait consenti à des rapports sexuels, il y avait eu consentement au sens du par. 273.1(1). De l’avis du juge dissident, l’expression « l’activité sexuelle » au par. 273.1(1) possède un sens étroit et s’entend uniquement [TRADUCTION] « des contacts physiques qui ont effectivement eu lieu, qu’il s’agisse de sexe oral, de rapports sexuels ou d’une autre “catégorie” d’activités, et non des *conditions* dans lesquelles se sont déroulés ces contacts » (par. 127 (en italique dans l’original)). Avec égards, recourir à des termes génériques ou à des catégories pour désigner l’activité sexuelle embrouille l’objet de l’analyse relative au consentement en ce qui concerne l’*actus reus* de l’agression sexuelle. Le plaignant doit avoir consenti aux contacts sexuels qui se sont effectivement déroulés (*Ewanchuk*, par. 26). De plus, dans *R. c. J.A.*, [2011] 2 R.C.S. 440, notre Cour a confirmé que le moment pertinent pour déterminer s’il y a eu consentement à l’activité sexuelle est celui où s’est déroulée cette activité. Le fait d’interpréter l’expression « activité sexuelle » figurant au par. 273.1(1) sans tenir compte des contacts spécifiques qui ont eu lieu annihile le droit d’une personne de consentir ou non à l’activité sexuelle qui doit se dérouler.

[87] La définition technique donnée par le juge dissident à l’expression « l’activité sexuelle » tend également à indiquer que, lorsqu’une personne consent à une « catégorie » d’activités sexuelles, il faut déterminer, au regard du par. 265(3), si ce consentement général a été vicié. Avec égards pour l’opinion exprimée par le juge dissident, cette interprétation a pour effet d’éliminer la protection reconnue dans *Ewanchuk* à l’égard de la « façon » dont se déroulent les contacts sexuels. La personne qui consent à être touchée par-dessus ses vêtements au-dessus de la taille ne consent pas à se faire toucher sous ceux-ci en dessous de la taille. Dans les deux cas, il s’agit de « contacts », mais il n’y a eu consentement qu’aux premiers. De même, le fait de consentir à une forme de « pénétration » ne vaut pas consentement à toutes les formes de pénétration. La thèse voulant qu’il y ait consentement général du plaignant au sens du par. 273.1(1) tant que les

completely undermines *Ewanchuk*'s basic principle that “any intentional but unwanted touching is criminal” by virtue of the fact that it was unwanted (para. 28 (emphasis added)).

[88] A person consents to *how* she will be touched, and she is entitled to decide what sexual activity she agrees to engage in for whatever reason she wishes. The fact that some of the consequences of her motives are more serious than others, such as pregnancy, does not in the slightest undermine her right to decide the manner of the sexual activity she wants to engage in. It is neither her partner's business nor the state's. The complainant's voluntary agreement to the manner in which the sexual touching was carried out, requires the complainant's consent to where on her body she was touched and with what. It does not, however, require consent to the consequences of that touching, or the characteristics of the sexual partner, such as age, wealth, marital status, or health. These consequences or characteristics, while potentially significant, are not part of the actual physical activity that is agreed to. If we included them in the meaning of the sexual activity in question under s. 273.1(1), we would be criminalizing activity that thwarts the *motives* of a complainant, instead of focussing on the unwanted physical activity that actually took place. To state the proposition demonstrates its unacceptable reach. While it is true that the third element of the *actus reus* — the complainant's absence of consent to the touching — is a subjective inquiry, it must nonetheless relate to the specific way in which he or she is touched, not to why. The avoidance or pursuit of pregnancy may well motivate why the specific sexual activity is being agreed to, but the motivation for the sexual activity is not the sexual activity itself.

agissements de l'autre personne demeurent dans la catégorie générique d'actes auxquels le premier a consenti, par exemple des attouchements ou la pénétration, est indéfendable. Elle représente le triomphe de la terminologie sur l'intégrité personnelle et elle sape complètement le principe de base énoncé dans *Ewanchuk* selon lequel « tout attouchement intentionnel mais non souhaité est criminel » du fait qu'il n'était pas souhaité (par. 28 (italiques ajoutés)).

[88] Une personne consent à la *façon* dont elle sera touchée, et elle a le droit de choisir l'activité sexuelle à laquelle elle consent à participer, et ce, pour les raisons qui lui plaisent. Le fait que certaines conséquences des raisons qui la motivent soient plus graves que d'autres, la grossesse par exemple, n'affecte d'absolument aucune façon son droit de décider de la manière dont se déroulera l'activité sexuelle à laquelle elle veut participer. Cela ne regarde ni son partenaire ni l'État. Pour qu'il y ait eu accord volontaire de la plaignante à la façon dont se sont déroulés les contacts sexuels, il faut qu'elle ait consenti à être touchée là où elle l'a été et à ce avec quoi elle l'a été. Il n'est toutefois pas nécessaire qu'elle ait consenti aux conséquences de ces contacts ou aux caractéristiques du partenaire sexuel, par exemple son âge, sa fortune, son état matrimonial ou son état de santé. Bien que potentiellement importantes, ces conséquences ou caractéristiques ne font pas partie de « l'activité sexuelle » à l'égard de laquelle l'accord a été donné. Si on considérait qu'elles sont incluses dans l'expression « l'activité sexuelle » au par. 273.1(1), on criminaliserait une activité qui ne correspond pas aux *motifs* de la plaignante, au lieu de s'attacher à l'activité physique non souhaitée qui s'est effectivement déroulée. Énoncer cette proposition fait bien ressortir sa portée inacceptable. Quoique le troisième élément de l'*actus reus* — l'absence de consentement de la plaignante aux attouchements — commande une analyse subjective, cette analyse doit néanmoins porter sur la manière précise dont la plaignante est touchée, et non sur les raisons pour lesquelles elle l'est. Le désir d'éviter ou de favoriser une grossesse peut fort bien être le motif pour lequel la plaignante donne son accord à l'activité sexuelle spécifique, mais ce motif ne constitue pas l'activité sexuelle en soi.

[89] That is why we would *not* adopt the “essential features” test proposed by the majority of the Nova Scotia Court of Appeal, under which “if there is no consent to an essential feature of the sexual act itself, there can be no consent to ‘the sexual activity in question’” (para. 46). By focussing on what is an “essential” feature of the sexual activity to the complainant, there is a risk of capturing “features” which are not a part of the *how* of the sexual activity. In other words, the language of “essential features” opens the door to a broader inquiry than whether the complainant consented *specifically to the sexual touching which occurred*. To the extent that our colleagues have conflated our approach with the “essential features” test, it does not, with respect, reflect our reasons.

[90] But neither do we agree that the fraud provision in s. 265(3)(c) must be the framework for analyzing consent in sexual assault cases whenever deception is involved. When a complainant does not voluntarily agree to the sexual activity which occurred, consent does not exist within the meaning of s. 273.1(1), and the inquiry for the purposes of the *actus reus* of sexual assault is complete.

[91] Unlike under s. 265(3)(c), which requires both a dishonest act *and* a deprivation, consent under s. 273.1(1) has never required an analysis of the risks or consequences caused by unwanted sexual touching. This Court has consistently affirmed that it is the *unwanted* nature of non-consensual sexual touching that violates the complainant’s sexual integrity and gives rise to culpability under the criminal law, not just the risk of further harm that the sexual touching may create. Requiring an analysis of the risks or consequences of all non-consensual sexual touching if deception is later discovered, adds a barrier to the simple ability to demonstrate whether the activity which occurred was agreed to *when it occurred*. It thereby undermines the values

[89] Voilà pourquoi nous ne pouvons *pas* souscrire à l’analyse fondée sur les « caractéristiques essentielles » que proposent les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, analyse selon laquelle, [TRADUCTION] « en l’absence de consentement à l’égard d’une caractéristique essentielle de l’activité sexuelle elle-même, il ne saurait y avoir consentement à “l’activité sexuelle” » (par. 46). En mettant l’accent sur ce qui constitue une caractéristique « essentielle » de l’activité sexuelle pour le plaignant, on risque de prendre en compte des « caractéristiques » qui ne font pas partie de la *façon* dont se déroule l’activité sexuelle. Autrement dit, l’expression « caractéristiques essentielles » ouvre la porte à une analyse plus large que l’examen de la question de savoir si le plaignant a consenti *spécifiquement aux contacts sexuels qui se sont déroulés*. Dans la mesure où nos collègues ont amalgamé notre approche avec celle fondée sur la norme des « caractéristiques essentielles », leur lecture, avec égards, ne reflète pas nos motifs.

[90] Mais nous ne partageons pas non plus l’opinion selon laquelle la disposition relative à la fraude figurant à l’al. 265(3)c) doit constituer le cadre d’analyse de la question du consentement dans toutes les affaires d’agression sexuelle où une tromperie est invoquée. Lorsque le plaignant n’a pas donné son accord volontaire à l’activité sexuelle qui s’est déroulée, il n’y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1) et l’analyse relative à l’*actus reus* de l’agression sexuelle est complète.

[91] À la différence de l’analyse requise pour l’application de l’al. 265(3)c), qui requiert à la fois un acte malhonnête *et* une privation, l’analyse relative au consentement visé au par. 273.1(1) n’a jamais exigé la prise en compte des risques ou conséquences causés par des contacts sexuels non souhaités. Notre Cour a constamment affirmé que c’est la nature *non souhaitée* des contacts sexuels non consensuels qui viole l’intégrité sexuelle du plaignant et qui entraîne la culpabilité en droit criminel, pas seulement le risque de préjudice additionnel que peuvent engendrer les contacts sexuels. Exiger l’analyse des risques ou conséquences de tout contact sexuel non consensuel si l’existence d’une tromperie est découverte après coup ajoute

of personal autonomy and physical integrity sought to be protected by making sexual assault an offence.

[92] Regardless of whether deception occurred in a given case, the analysis under s. 273.1(1) must link consent to the specific sexual activity which occurred, including *how* the sexual touching was physically carried out. In other words, did the complainant consent to *where* she was touched and *by what*? We therefore think the following two-part test for analyzing consent under the *actus reus* of sexual assault flows inevitably from *Ewanchuk*:

Under s. 273.1(1), has the complainant consented to the identity of her sexual partner, the sexual nature of the touching, and the manner in which the sexual touching was carried out?

If so, are there any circumstances that vitiate the complainant's consent under s. 265(3)?

[93] This approach does not, as our colleagues suggest, “do most of the work that the fraud provision was intended to do”. What it *does* do, is give meaning to the word “consent”. Indeed, as our colleagues themselves point out, there are many situations in which a person's deception does not change the manner in which the sexual activity is actually carried out. Section 265(3)(c) may well apply to those deceptions that do not fall under s. 273.1(1), either because the deception does not go to the manner in which a person is touched, does not involve the identity of one's partner, or does not pertain to the sexual nature of the touching. If there was no consent *ab initio* to the sexual activity, however, it is pointless to inquire under s. 265(3)(c) whether consent was vitiated by fraud. The two inquiries are conceptually distinct and must remain

une barrière supplémentaire à la simple capacité de démontrer s'il y a eu ou non consentement à l'activité *au moment où elle s'est déroulée*. Par conséquent, cette exigence porte atteinte aux valeurs d'autonomie personnelle et d'intégrité physique que le législateur cherchait à protéger en créant l'infraction d'agression sexuelle.

[92] Qu'il y ait eu tromperie ou non dans une affaire donnée, l'analyse requise pour l'application du par. 273.1(1) doit rattacher le consentement à l'activité sexuelle spécifique qui s'est déroulée, y compris la *façon* dont les contacts sexuels se sont déroulés physiquement. Autrement dit, la plaignante a-t-elle consenti à être touchée *où* elle l'a été et à *ce avec quoi* elle l'a été? Par conséquent, nous estimons que le recours à l'analyse en deux étapes décrite ci-après, qui permet de statuer sur le consentement à l'*actus reus* de l'infraction d'agression sexuelle, découle inévitablement de l'arrêt *Ewanchuk* :

La plaignante a-t-elle consenti, suivant le par. 273.1(1), à l'identité de son partenaire sexuel, à la nature sexuelle des contacts et à la manière dont les contacts sexuels se sont déroulés?

Dans l'affirmative, des circonstances prévues au par. 265(3) ont-elles eu pour effet de vicier son consentement?

[93] Contrairement à ce que suggèrent nos collègues, cette approche n'a pas pour effet de « joue[r] [. . .] pour l'essentiel le rôle qu'est censée jouer la disposition relative à la fraude ». Ce qu'elle accomplit *effectivement*, c'est donner un sens au mot « consentement ». D'ailleurs, comme le soulignent eux-mêmes nos collègues, il existe de nombreuses situations où une tromperie n'a aucune incidence sur la façon dont l'activité sexuelle se déroule dans les faits. L'alinéa 265(3)c) peut fort bien s'appliquer à des tromperies qui ne relèvent pas du champ d'application du par. 273.1(1) — soit parce que la tromperie ne porte pas sur la manière dont la personne est touchée, soit parce qu'elle n'implique pas l'identité du partenaire, soit encore parce qu'elle ne concerne pas la nature sexuelle du contact. Toutefois, s'il n'y a pas eu dès le départ

so. One goes to the *manner* in which the sexual touching is carried out, the other to the *consequences* of the sexual touching. The fact that the violation of someone's consent results in a deprivation does not change the fact that there was no consent to begin with.

[94] In our view, both *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, and *R. v. Mabior*, [2012] 2 S.C.R. 584, are examples of cases that were properly decided under s. 265(3)(c). In those cases, this Court set out the applicable approach to sexual assault cases under s. 265(3)(c) involving non-disclosure or deception as to the existence of a disease. The complainants had consented to the manner in which the sexual activity had been carried out, the identity of their sexual partner, and the sexual nature of that touching. The complainants had consented to sex with and, in some cases, without condoms, and the sexual intercourse took place in accordance with that agreement. The significant issue before the Court was whether the complainants' consent had been vitiated by fraud because the accused had not disclosed that he was HIV-positive (*Cuerrier*, at para. 77; *Mabior*, at para. 106).<sup>1</sup> As the risk of HIV transmission is a consequence of sexual activity, and the complainants had consented to the manner in which the sexual activity occurred, these cases were properly decided within the realm of s. 265(3)(c). There are, moreover, important policy considerations that justify deciding HIV non-disclosure cases under s. 265(3)(c). Requiring a "significant risk of serious bodily harm" in HIV non-disclosure cases ensures that the criminal law does not further stigmatize and criminalize an already vulnerable group.

<sup>1</sup> Additionally, the accused in *Cuerrier* was charged with *aggravated* assault under s. 268 of the *Criminal Code*; accordingly, the definition of consent set out in s. 273.1(1) for *sexual* assault offences was not at issue.

consentement à l'activité sexuelle, il est inutile de se demander si le consentement a été vicié par une fraude visée à l'al. 265(3)c). Les deux analyses sont conceptuellement distinctes et elles doivent le rester. L'une porte sur la *manière* dont les contacts sexuels se déroulent, l'autre sur leurs *conséquences*. Le fait que la violation du consentement entraîne une privation ne change rien au fait que, dès le départ, il n'y a pas eu consentement.

[94] À notre avis, tant l'arrêt *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, que l'arrêt *R. c. Mabior*, [2012] 2 R.C.S. 584, sont des décisions qui ont à juste titre été décidées sur le fondement de l'al. 265(3)c). Dans ces arrêts, la Cour a énoncé l'approche applicable dans les affaires d'agression sexuelle fondées sur cette disposition et où on invoque la non-divulgence de l'existence d'une maladie ou une tromperie à cet égard. Dans les deux cas, les plaignantes avaient consenti à la manière dont l'activité sexuelle s'était déroulée, ainsi qu'à l'identité de leur partenaire sexuel et à la nature sexuelle de ces contacts. Elles avaient consenti à des rapports sexuels avec condom et, dans certains cas, sans condom, et les rapports sexuels s'étaient déroulés conformément à cet accord. La question importante dont était saisie notre Cour était celle de savoir si le consentement des plaignantes avait été vicié par la fraude, du fait que les accusés n'avaient pas révélé qu'ils étaient séropositifs (*Cuerrier*, par. 77; *Mabior*, par. 106)<sup>1</sup>. Étant donné que la transmission du VIH est un risque découlant des activités sexuelles, et que les plaignantes avaient consenti à la façon dont l'activité sexuelle s'était déroulée, les arrêts en question ont à juste titre été décidés en application de l'al. 265(3)c). Qui plus est, il existe d'importantes considérations d'intérêt général justifiant que les affaires de non-divulgence de la séropositivité soient tranchées en vertu de cette disposition. Par exemple, le fait de requérir dans de tels cas l'existence d'un « risque important de lésions corporelles graves » permet d'éviter que le droit criminel stigmatise et criminalise davantage un groupe déjà vulnérable.

<sup>1</sup> En outre, comme dans *Cuerrier* l'accusé avait été inculqué de *voies de fait graves* en vertu de l'art. 268 du *Code criminel*, la définition de « consentement » énoncée au par. 273.1(1) pour l'application des infractions d'agression *sexuelle* n'était donc pas en cause.

[95] This approach was never intended to replace the governing framework for analyzing consent in sexual assault cases set out in *Ewanchuk*. By further redefining the deprivation component of the fraud test affirmed in *Mabior* only two years ago, our colleagues leave open the possibility that other “equally serious deprivations” could establish deprivation in future cases. This makes the deprivation component a moving target, and generates uncertainty in an already complex area.

[96] While the starting point for the analysis is s. 273.1(1), unlike our colleagues, we see no legal danger or uncertainty in recognizing that in a given case, lack of consent could theoretically have been established under either provision. What *is* fraught, however, is redefining the concept of consent in a way that significantly limits the protective scope of s. 273.1(1) and erodes a person’s right, confirmed in *Ewanchuk*, to decide what sexual activity will take place.

[97] The heart of our disagreement with McLachlin C.J. and Cromwell J. turns on whether the use of a condom is included in the manner in which the sexual activity is carried out. According to our colleagues, the use of a condom during sexual intercourse does not change the “*specific physical sex act*” which occurs, but rather is merely a “collateral conditio[n]” to the sexual activity. In their view, so long as there is consent to “sexual intercourse”, this general consent is not vitiated by a deception about condom use unless it exposes the individual to a deprivation within the meaning of s. 265(3)(c), which they conclude in this case means depriving a woman of the choice to become pregnant by “making her pregnant, or exposing her to an increased risk of becoming pregnant”.

[98] With respect, it does not follow that because a condom is a form of birth control, it is not also

[95] Cette approche n’a jamais été censée remplacer le cadre d’analyse énoncé dans *Ewanchuk* applicable au consentement dans les causes d’agression sexuelle. En redéfinissant encore l’élément relatif à la privation du test servant à établir s’il y a eu fraude confirmé dans *Mabior* il y a tout juste deux ans, nos collègues ouvrent la possibilité que d’autres « privations aussi graves » permettent d’établir l’existence de privation dans des causes futures. L’élément relatif à la privation devient alors une cible mobile et génère de l’incertitude dans un domaine déjà complexe.

[96] Bien que le par. 273.1(1) constitue le point de départ de l’analyse, contrairement à nos collègues, nous estimons que le fait de reconnaître qu’il aurait théoriquement été possible, dans une affaire donnée, d’établir l’absence de consentement suivant l’une ou l’autre disposition ne soulève pas de danger ou d’incertitude sur le plan juridique. En revanche, ce qui *est* dangereux et incertain, c’est le fait de redéfinir la notion de consentement d’une manière qui limite de manière appréciable la protection du par. 273.1(1) et qui érode le droit d’une personne, confirmé dans *Ewanchuk*, de décider de l’activité sexuelle qui se déroulera.

[97] Le nœud de notre désaccord avec la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell porte sur la question de savoir si l’utilisation d’un condom fait partie de la façon dont se déroule l’activité sexuelle. De l’avis de nos collègues, l’utilisation d’un condom au cours de rapports sexuels ne change pas l’« acte sexuel physique *spécifique* » qui se déroule, mais constitue plutôt simplement une « conditio[n] accessoir[e] » de l’activité sexuelle. Selon eux, pour autant qu’il y a consentement à des « rapports sexuels », ce consentement général n’est pas vicié par une tromperie au sujet de l’utilisation d’un condom, à moins que cette tromperie n’expose la personne à une privation visée par l’al. 265(3)c), privation qui, concluent-ils, consiste en l’espèce dans le fait d’avoir privé une femme de la faculté de choisir de tomber enceinte ou non « soit en la rendant enceinte, soit en l’exposant à un risque accru de grossesse ».

[98] Avec égards pour l’opinion exprimée par nos collègues, le fait qu’un condom constitue un



part of the sexual activity. Removing the use of a condom from the ambit of what is consented to in the sexual activity because in some cases it may be used for contraceptive purposes, means that an individual is precluded from requiring a condom during intercourse where pregnancy is *not* at issue. That is, individuals who engage in sexual activity that has no risk of pregnancy, either because of age, fertility, or gender, for example, would have no legal right to insist upon the use of a condom. If one of those individuals has insisted upon the use of a condom, and their partner has *deliberately* and *knowingly* ignored those wishes — whether by not using a condom at all, removing it partway through the sexual activity, or sabotaging it — that individual will nonetheless be presumed to have consented under the approach suggested by our colleagues. In other words, because the person could not become pregnant, the criminal law will not uphold his or her right to sexual autonomy and physical integrity. With respect, even aside from the problematic analogy between pregnancy and bodily harm, this result does not reflect the fact that everyone has a right to insist on a condom as part of the sexual activity — for whatever reason. All individuals must have an equal right to determine how they are touched, regardless of gender, sexual orientation, reproductive capacity, or the type of sexual activity they choose to engage in. We fail to see how condoms can be seen as anything but an aspect of how sexual touching occurs. When individuals agree to sexual activity with a condom, they are not merely agreeing to a sexual activity, they are agreeing to how it should take place. That is what s. 273.1(1) was intended to protect.

moyen de contraception ne signifie pas nécessairement qu'il ne fait pas également partie de l'activité sexuelle. Exclure le port du condom de ce qui est visé par le consentement à l'activité sexuelle parce qu'il peut dans certains cas être utilisé à des fins contraceptives signifie qu'une personne ne pourrait en exiger l'usage au cours de rapports sexuels lorsque la question de la grossesse *ne* se pose *pas*. En d'autres termes, les personnes qui se livrent à des activités sexuelles où le risque de grossesse est absent, en raison par exemple de leur âge, de leur infertilité ou de leur sexe, n'auraient pas légalement le droit d'insister sur l'usage d'un condom. Si une telle personne insistait pour que son partenaire utilise un condom, mais que celui-ci faisait fi *délibérément* et *sciemment* de ce désir — que ce soit en n'utilisant pas de condom du tout, en l'enlevant au cours de l'activité sexuelle ou encore en le sabotant — cette personne serait néanmoins présumée avoir donné son consentement selon l'interprétation préconisée par nos collègues. Autrement dit, parce que la personne ne risquait pas de tomber enceinte, le droit criminel ne ferait pas respecter son droit à l'autonomie sexuelle et à l'intégrité physique. En toute déférence, même si l'on faisait abstraction de l'analogie problématique établie entre la grossesse et les lésions corporelles, ce résultat ne tient pas compte du droit de chacun d'insister pour qu'un condom soit utilisé au cours d'une activité sexuelle, et ce, pour quelque raison que ce soit. Toute personne doit disposer d'un droit égal de décider de la manière dont elle est touchée, indépendamment de son sexe, de son orientation sexuelle, de sa capacité de reproduction ou de l'activité sexuelle à laquelle elle choisit de participer. Nous ne voyons pas comment le condom peut être considéré comme autre chose qu'un aspect de la façon dont se déroulent les contacts sexuels. La personne qui consent à une activité sexuelle avec condom ne donne pas seulement son accord à une activité sexuelle, elle convient également de la façon dont celle-ci doit se dérouler. C'est ce que le par. 273.1(1) visait à protéger.

[99] It is worth remembering that three decades ago, this Court overturned a decision of the New Brunswick Court of Appeal, *R. v. Chase* (1984), 55 N.B.R. (2d) 97, that touching a woman's breast was an assault, but not a sexual one. The Court of

[99] Il convient de rappeler que, il y a près de 30 ans, notre Cour a infirmé un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, *R. c. Chase* (1984), 55 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 97, dans lequel il avait été jugé que le fait de toucher les seins d'une femme constituait

Appeal concluded that a breast was only a “secondary” sexual characteristic and that “sexual” should be given “its natural meaning as limited to the sexual organs or genitalia”. A man who had grabbed a woman’s breasts had therefore committed an assault, but not a *sexual* assault, since

the contact was not with the sexual organs of the victim but to the mammary gland, a secondary sexual characteristic.

. . . to include as sexual an assault to the parts of a person’s body considered as having secondary sexual characteristics may lead to absurd results if one considers a man’s beard. Nor am I prepared to include those parts of the human body considered erogenous zones lest a person be liable to conviction for stealing a goodnight kiss. . . . It seems to me that the word “sexual” as used in the section ought to be given its natural meaning as limited to the sexual organs or genitalia. [paras. 13-14]

In this Court, McIntyre J., had “no difficulty” overturning the Court of Appeal’s decision, concluding instead that a sexual assault had been committed by the accused ([1987] 2 S.C.R. 293, at p. 303).

[100] To say that condom use is not part of the sexual activity in question under s. 273.1(1) but rather a collateral condition, is reminiscent of the artificially narrow approach to the word “sexual” taken by the Court of Appeal in *Chase* and rejected by this Court. We must similarly take care not to adopt an interpretation of “sexual activity in question” that unreasonably or arbitrarily excludes certain forms of touching from the meaning of s. 273.1(1). By any definition, when someone uses a condom, it is part of the sexual activity. It is therefore part of what is — or is not — consented to. And if what is consented to is sexual activity with a condom, the condom is expected to be intact. If it is not intact *because of its deliberate sabotaging*, the activity that has been agreed to has been unilaterally changed by the saboteur.

des voies de fait, mais non une agression sexuelle. La Cour d’appel avait conclu que le sein ne possède qu’un caractère sexuel « secondaire » et que le mot « sexuelle » devrait être interprété dans « son sens naturel et limité aux organes sexuels ou génitaux ». Un homme qui avait agrippé les seins d’une femme avait en conséquence commis des voies de fait, mais non une agression *sexuelle*, car

il n’y a pas eu contact avec les organes sexuels de la victime, mais avec la glande mammaire, qui est un caractère sexuel secondaire.

. . . inclure dans les agressions sexuelles une attaque portant sur les parties du corps considérées comme caractères sexuels secondaires peut avoir des conséquences absurdes si l’on pense à la barbe de l’homme. Je ne suis pas disposé non plus à inclure les parties du corps humain considérées comme zones érogènes, de crainte qu’on puisse être déclaré coupable pour avoir dérobé un baiser en disant bonsoir. [. . .] Il me semble que, dans cet article, le mot « sexuelle » devrait être interprété dans son sens naturel et limité aux organes sexuels ou génitaux. [par. 13-14]

Le juge McIntyre de notre Cour n’a éprouvé « aucune difficulté » à infirmer la décision de la Cour d’appel, concluant plutôt que l’accusé avait commis une agression sexuelle ([1987] 2 R.C.S. 293, p. 303).

[100] Affirmer que l’utilisation d’un condom ne fait pas partie de l’activité sexuelle visée au par. 273.1(1) mais constitue plutôt une condition accessoire de celle-ci rappelle l’interprétation artificiellement étroite qu’avait donnée la Cour d’appel au mot « sexuelle » dans *Chase*, interprétation que notre Cour avait par la suite rejetée. De même, nous devons nous garder d’adopter une interprétation de l’expression « l’activité sexuelle » qui exclurait de manière déraisonnable ou arbitraire certains types de contacts du sens de cette expression au par. 273.1(1). Quelle que soit la définition retenue, l’utilisation d’un condom fait partie de l’activité sexuelle. Elle fait donc partie de ce à quoi le plaignant a — ou n’a pas — consenti. Et si ce à quoi il a consenti est une activité sexuelle avec condom, on s’attend à ce que celui-ci soit intact. S’il ne l’est pas *parce qu’il a été saboté délibérément*, l’activité à l’égard de laquelle l’accord avait été donné a été unilatéralement modifiée par le saboteur.

[101] What took place here was sexual intercourse with a sabotaged condom, a sexual activity to which the complainant did *not* consent. The fact that she only learned of the deliberate sabotaging *after* the sexual activity took place, is of no relevance. What is relevant is what sexual activity she agreed to engage in with Mr. Hutchinson and whether he stuck to the bargain. He did not. Since the complainant did not agree at any time to how she was touched, consent within the meaning of s. 273.1(1) did not exist.

[102] Nor can we see why requiring the consistent approach to consent in sexual assault set out in *Ewanchuk* — and never abandoned by this Court — can now be said to lead to “over-criminalization”. Sexual assault is a crime. What s. 273.1(1) does is explain, clearly and simply, that the *actus reus* of sexual assault is made out when someone does not agree to the manner of the sexual touching, that is, when an individual engages in sexual touching in a way that is contrary to the complainant’s wishes, thereby violating his or her bodily integrity. This on its own, however, is half the story. The *mens rea* for the offence of sexual assault captures those who *knowingly* touch the complainant in a way that he or she has not agreed to, thereby disregarding the complainant’s right to determine how he or she is sexually touched. While the criminal law must remain sensitive to concerns about over-criminalization, those concerns should not be used to generally undermine the hard-fought legislative protection for someone’s right to determine how he or she is sexually touched. It is also worth remembering the Chief Justice’s comments in *J.A.* — with the Court’s unanimous agreement on this point — where she observed that “even mild non-consensual touching of a sexual nature can have profound implications for the complainant” (paras. 63 and 121).

[103] The complainant in this case agreed to engage in sexual activity in a certain manner,

[101] Ce qui s’est déroulé en l’espèce ce sont des rapports sexuels avec un condom saboté, une activité sexuelle à laquelle la plaignante n’avait *pas* consenti. Le fait qu’elle n’ait appris le sabotage délibéré du condom qu’*après* l’activité sexuelle n’a aucune pertinence. Ce qui est pertinent, c’est l’activité sexuelle à laquelle elle avait accepté de se livrer avec M. Hutchinson et si celui-ci a respecté l’accord à cet égard. Il ne l’a pas fait. Comme la plaignante n’a à aucun moment donné son accord à la façon dont elle a été touchée, il n’y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1).

[102] Nous ne voyons pas non plus pourquoi le fait d’imposer, à l’égard de la question du consentement en matière d’agression sexuelle, l’approche cohérente qui a été formulée dans *Ewanchuk* — et n’a jamais été abandonnée par notre Cour — peut maintenant être considéré comme ayant pour effet d’entraîner une « surcriminalisation ». L’agression sexuelle est un crime. Le paragraphe 273.1(1) explique, de façon claire et simple, que l’*actus reus* de l’agression sexuelle est établi lorsque le plaignant n’a pas donné son accord à la manière dont se sont déroulés les contacts sexuels, c’est-à-dire lorsqu’un individu l’a touché sexuellement d’une façon contraire à ses désirs et a ainsi porté atteinte à son intégrité physique. Mais ce n’est pas tout. La *mens rea* de l’infraction d’agression sexuelle vise les personnes qui touchent *sciemment* le plaignant d’une manière à laquelle ce dernier n’a pas consenti, faisant de ce fait abstraction du droit du plaignant de décider de la façon dont il est touché sexuellement. Bien que le droit criminel doive rester sensible aux préoccupations concernant la surcriminalisation, il ne faut pas invoquer ces préoccupations pour affaiblir de manière générale la protection législative — durement acquise — du droit reconnu aux individus de décider de la façon dont ils sont touchés sexuellement. Il convient en outre de rappeler les observations suivantes qu’a formulées la Juge en chef dans *J.A.* — avec l’appui unanime de la Cour sur ce point — : « . . . même des attouchements légers non consensuels de nature sexuelle peuvent avoir de lourdes conséquences pour le plaignant » (par. 63 et 121).

[103] En l’espèce, la plaignante a consenti à participer d’une certaine manière à une activité

that is, sexual intercourse with an intact condom. Mr. Hutchinson deliberately sabotaged the condom without her knowledge or agreement. It trivializes the seriousness of the violation of the complainant's integrity that occurred to analogize a sabotaged condom, as our colleagues have done, to its brand or expiration date. Because of the deliberate deceit of her partner, the sexual activity was not carried out in the manner that the complainant had agreed to. Put simply, the complainant did not consent to how she was touched, and thus she did not voluntarily agree to the sexual activity in question under s. 273.1 of the *Code*.

[104] We would therefore dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Burke Thompson, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

*Solicitors for the interveners: Cooper, Sandler, Shime & Bergman, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.*

sexuelle, à savoir des rapports sexuels avec un condom intact. Monsieur Hutchinson a délibérément saboté le condom sans que la plaignante le sache ou y consente. Établir, comme l'ont fait nos collègues, une analogie entre un condom saboté et la marque du condom ou sa date de péremption a pour effet de banaliser la gravité de l'atteinte à l'intégrité physique de la plaignante. Comme la plaignante a été trompée délibérément par son partenaire, l'activité sexuelle ne s'est pas déroulée de la manière à laquelle elle avait consenti. En termes simples, la plaignante n'a pas consenti à la façon dont elle a été touchée et, pour cette raison, elle n'a pas donné volontairement son accord à l'activité sexuelle aux termes de l'art. 273.1 du *Code*.

[104] Par conséquent, nous rejeterions le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Burke Thompson, Halifax.*

*Procureur de l'intimée : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

*Procureurs des intervenants : Cooper, Sandler, Shime & Bergman, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.*

**Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**Christopher John Whaling** *Respondent*

- and -

**Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**Judith Lynn Slobbe** *Respondent*

- and -

**Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**Cesar Maidana** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario  
and British Columbia Civil  
Liberties Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.  
WHALING**

**2014 SCC 20**

File No.: 35024.

2013: October 15; 2014: March 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Double jeopardy — Repeal of early parole provisions applying retrospectively to offenders already sentenced — Whether retrospective application constitutes “punish[ment] . . . again” thereby infringing s. 11(h) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably*

**Procureur général du Canada** *Appelant*

c.

**Christopher John Whaling** *Intimé*

- et -

**Procureur général du Canada** *Appelant*

c.

**Judith Lynn Slobbe** *Intimée*

- et -

**Procureur général du Canada** *Appelant*

c.

**Cesar Maidana** *Intimé*

et

**Procureur général de l’Ontario  
et Association des libertés civiles  
de la Colombie-Britannique** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.  
WHALING**

**2014 CSC 20**

N° du greffe : 35024.

2013 : 15 octobre; 2014 : 20 mars.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Double péril — Abrogation de dispositions sur la libération conditionnelle anticipée qui s’applique rétrospectivement aux délinquants déjà condamnés et punis — L’application rétrospective a-t-elle pour effet de « puni[r] de nouveau » le délinquant en contravention à l’art. 11h) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative,*

*justified in free and democratic society under s. 1 of Charter — Abolition of Early Parole Act, S.C. 2011, c. 11, s. 10(1).*

W, S and M were all serving federal penitentiary sentences. As first-time, non-violent offenders, all three were eligible for accelerated parole review (“APR”) under the system in place at the time of their sentencing. With the coming into force of the *Abolition of Early Parole Act* (“*AEPA*”), APR was abolished. Section 10(1) of the *AEPA* made the abolition of APR apply retrospectively to offenders already serving their sentences. This changed the timing of eligibility for day parole: eligibility after the offender had served one sixth of the sentence or six months was replaced with eligibility six months before the full parole eligibility date. Because the effect of the APR’s abolition was to delay the day parole eligibility dates of W, S and M, they challenged the constitutionality of s. 10(1). Both the trial judge and the Court of Appeal held that s. 10(1) infringed their right guaranteed by s. 11(h) of the *Charter* not to be “punished . . . again” for an offence and that the infringement was not saved under s. 1.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Section 10(1) of the *AEPA* infringes s. 11(h) of the *Charter*. The introductory words to s. 11 provide that its subject is a “person charged with an offence”. Paragraph (h) then provides that this person has the right, if found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again. The disjunctive language of the words “tried or punished” indicates that s. 11(h)’s protection against additional punishment is independent of its protection against being tried again. In other words, the protection applies to both the harassment of multiple trials and the harassment of additional punishment. The conjunctive language of the words “found guilty and punished” further accentuates the disjunctive language of “tried or punished”. It is thus clear from the plain meaning of the words that either being tried again or being punished again is sufficient to engage s. 11(h).

While the academic literature focuses on the fine points of what constitutes a second proceeding for the

*cette violation constitue-t-elle une restriction établie par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique conformément à l’article premier de la Charte? — Loi sur l’abolition de la libération anticipée des criminels, L.C. 2011, ch. 11, art. 10(1).*

W, S et M purgeaient tous des peines dans des pénitenciers fédéraux. À titre de délinquants non violents qui en étaient à leur première infraction, tous les trois étaient admissibles à la procédure d’examen expéditif (« PEE ») en vertu du régime en vigueur à l’époque où leur peine avait été prononcée. Quand elle est entrée en vigueur, la *Loi sur l’abolition de la libération anticipée des criminels* (« *LALAC* ») a aboli la PEE. Le paragraphe 10(1) de la *LALAC* prévoit que l’abolition de la PEE s’applique rétrospectivement aux délinquants purgeant déjà leur peine. Ce changement a modifié la date d’admissibilité à la semi-liberté — le temps d’épreuve équivalant au sixième de la peine ou à six mois a été remplacé par une période se terminant six mois avant la date d’admissibilité à la libération conditionnelle totale. Puisque l’abolition de la PEE a eu pour effet de retarder leur admissibilité à la semi-liberté, W, S et M ont contesté la constitutionnalité du par. 10(1). La juge de première instance et la Cour d’appel ont toutes deux conclu que le par. 10(1) portait atteinte à leur droit, garanti par l’al. 11(h) de la *Charte*, de ne pas être « puni[s] de nouveau » pour une infraction, et que cette violation ne pouvait se justifier au regard de l’article premier.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Le paragraphe 10(1) de la *LALAC* contrevient à l’al. 11(h) de la *Charte*. L’énoncé liminaire de l’art. 11 réfère à « [t]out inculpé ». L’alinéa h) dispose ensuite que l’inculpé a le droit de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été déclaré coupable et puni. L’emploi de la conjonction négative « ni », à caractère disjonctif, dans « jugé ni puni » indique que la protection conférée par l’al. 11(h) contre l’imposition d’une peine supplémentaire diffère de la protection contre un nouveau procès. Autrement dit, la protection prévient l’abus de multiples procès et d’une peine supplémentaire. L’emploi de la conjonction de coordination « et » dans l’expression « déclaré coupable et puni » fait ressortir encore davantage le caractère disjonctif de l’expression « jugé ni puni ». En conséquence, il ressort clairement du sens ordinaire des mots que le fait d’être jugé de nouveau ou le fait d’être puni de nouveau suffit pour que l’al. 11(h) s’applique.

Bien que les auteurs s’attachent essentiellement aux caractéristiques de ce qui constitue une deuxième

purposes of s. 11(h), this does not preclude its application to cases of “punish[ment] . . . again” in which no such proceeding took place. If anything, the lack of literature on this subject speaks less to the scope of the provision than to the relative infrequency of such infringements.

Even in the few s. 11(h) cases, such as *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, this Court found that the protection against double jeopardy could be triggered by proceedings that are criminal in nature or by “true penal consequences”. More recently, in *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, the Court articulated a test for determining whether a given consequence or sanction constitutes punishment. However, the question in this case eludes either test. Rather than requiring us to determine whether a discrete sanction is punitive in nature, this case requires us to determine whether retrospective changes to parole eligibility, which modify the manner in which an existing sanction is carried out, constitute punishment. The alleged punishment is neither a second proceeding nor a sanction in the sense contemplated in *Rodgers*. Rather, the offender’s expectations about the original punishment or sanction have been frustrated and this is said to constitute new punishment.

The effect of every retrospective change will be context-specific. The dominant consideration in each case will be the extent to which an offender’s expectation of liberty has been thwarted by retrospective legislative action. It is the retrospective frustration of an expectation of liberty that constitutes punishment. Indeed, retrospective change that has the effect of automatically lengthening the offender’s period of incarceration represents one of the clearest of cases of retrospective double punishment under of s. 11(h).

Whether less drastic retrospective changes to parole constitute double punishment will depend on the circumstances of the particular case. Generally speaking, a retrospective change to the conditions of a sentence will not be considered punitive if it does not substantially increase the risk of additional incarceration. Indicators of a lower risk of additional incarceration include a process in which individualized decision making focused on the offender’s circumstances continues to prevail and procedural rights continue to be guaranteed in the

instance pour l’application de l’al. 11h), rien dans leur thèse ne fait obstacle à l’application de cette disposition aux situations où le délinquant est « puni de nouveau » en l’absence d’une deuxième instance. En fait, le peu de doctrine qui existe sur le sujet fait ressortir le caractère exceptionnel de telles atteintes plutôt que la portée de la disposition en cause.

Même dans les quelques affaires fondées sur l’al. 11h), comme *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, la Cour a décidé que la protection contre le double péril était mise en jeu par une instance de nature criminelle ou de « véritables conséquences pénales ». Plus récemment, dans *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, la Cour a établi un critère permettant de déterminer si une conséquence ou une sanction en particulier constitue une peine. Toutefois, la question qui nous est soumise en l’espèce déborde le cadre de ces deux critères. En l’espèce, nous devons déterminer, non pas si une sanction donnée est de nature punitive, mais si les changements apportés rétrospectivement aux conditions d’admissibilité à la libération conditionnelle, qui modifient l’application d’une sanction infligée préalablement, emportent l’imposition d’une peine. La peine alléguée ne découle pas d’une deuxième instance, ni ne constitue une sanction au sens où ce terme est défini dans l’arrêt *Rodgers*. Or, ce sont les attentes des délinquants à propos de la peine ou de la sanction initiale qui ont été trompées, et c’est cette situation qui selon eux a l’effet d’une nouvelle peine.

L’effet des divers changements rétrospectifs dépend du contexte de chaque dossier. La principale considération dans chaque cas sera la mesure selon laquelle l’attente en matière de liberté aura été trompée par l’action législative rétrospective. La peine se cristallise par l’effet rétrospectif de l’atteinte aux attentes en matière de liberté. En fait, le changement rétrospectif ayant pour effet de prolonger automatiquement l’incarcération du délinquant représente l’un des cas les plus manifestes d’un changement rétrospectif qui emporte une double peine dans le contexte de l’al. 11h).

La réponse à la question de savoir si des changements moins draconiens apportés rétrospectivement au régime de libération conditionnelle emportent une double peine dépendra des circonstances de chaque affaire. En règle générale, un changement rétrospectif aux conditions de la peine n’est pas punitif s’il n’augmente pas considérablement le risque d’une incarcération prolongée. Une procédure prévoyant une prise de décisions reposant sur la situation particulière du délinquant et le respect des droits procéduraux dans le calcul du temps

determination of parole eligibility. A change that directly results in an extension of the period of incarceration without regard to the offender's individual circumstances and without procedural safeguards in the assessment process will clearly violate s. 11(h).

In this case, the purposes served by applying the *AEPA* to all offenders — rehabilitation, reintegration, public safety and confidence in the administration of justice — are not in issue. However, the fact that Parliament had legitimate authority to legislate for such purposes does not shield the *AEPA* from constitutional scrutiny with regard to its effect.

The effect of the *AEPA* was to deprive W, S and M of the possibility of being considered for early day parole and to extend their minimum period of incarceration. In this way, s. 10(1) had the effect of punishing W, S and M again. Because that effect was automatic and without regard to their individual circumstances, theirs is one of those “clearest of cases”. Indeed, the imposition of delayed parole eligibility in this case is analogous to the imposition of delayed parole eligibility by a judge under the *Criminal Code* as part of the sentence. Imposing this same consequence by means of retrospective legislation triggers the protection against double punishment set out in s. 11(h).

The infringement by s. 10(1) of the *AEPA* of s. 11(h) of the *Charter* cannot be saved under s. 1. The *AEPA*'s objectives to reform parole administration and to maintain confidence in the justice system are pressing and substantial and its retrospective application is rationally connected to those objectives; however, the Crown has not discharged its burden of proving that there was no less intrusive an alternative to that retrospective application. Indeed, prospective application — as opposed to retrospective — was an alternative available to Parliament that would have enabled it to attain its objectives without infringing s. 11(h). The appeal is dismissed and the remedy ordered by the trial judge upheld.

### Cases Cited

**Distinguished:** *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; **referred to:** *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. Chai*, [1995] 2 S.C.R. 1118; *R. v. Zinck*, 2003 SCC 6, [2003] 1 S.C.R. 41; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R.

d'épreuve sont des indices d'un faible risque d'une incarcération prolongée. Un changement qui entraîne directement une prolongation de l'incarcération sans égard à la situation du délinquant et qui ne prévoit pas l'application de garantie procédurale à la procédure d'examen contrevient manifestement à l'al. 11h).

Les objectifs de l'application de la *LALAC* à tous les délinquants — la réadaptation, la réinsertion sociale, la sécurité publique et la confiance du public dans l'administration de la justice — ne sont pas remis en cause en l'espèce. Or, ce n'est pas parce que le législateur a le pouvoir légitime de légiférer à cette fin que la *LALAC* est à l'abri d'un examen qui vise à en déterminer la constitutionnalité sur le plan de son effet.

La *LALAC* a eu pour effet de priver W, S et M de la possibilité de voir leur dossier examiné en vue d'une semi-liberté anticipée et de prolonger leur période minimale d'incarcération. Ainsi, le par. 10(1) a eu pour effet de punir de nouveau W, S et M. Comme cet effet était automatique et qu'il s'appliquait sans égard à leur situation individuelle, l'affaire participait de ces « cas les plus manifestes ». En fait, l'augmentation du temps d'épreuve pour la libération conditionnelle en l'espèce est analogue à l'augmentation du temps d'épreuve pour la libération conditionnelle ordonnée par un juge en vertu du *Code criminel* dans le cadre de la détermination de la peine. La loi rétrospective qui entraîne une telle conséquence enclenche la protection contre la double peine garantie à l'al. 11h).

La violation de l'al. 11h) de la *Charte* par le par. 10(1) de la *LALAC* ne peut se justifier au regard de l'article premier. Les objectifs de la *LALAC* qui consistent à réformer l'administration du système de libération conditionnelle et à maintenir la confiance du public envers le système de justice sont urgents et réels, et son application rétrospective a un lien rationnel avec ces objectifs; toutefois, le ministère public n'a pas réussi à établir qu'il n'existe pas de moyen moins attentatoire que l'application rétrospective. En fait, le législateur aurait pu opter pour une application prospective — plutôt que rétrospective —, ce qui lui aurait permis de réaliser ses objectifs sans contrevénir à l'al. 11h). Le pourvoi est rejeté, et la réparation ordonnée par la juge de première instance est confirmée.

### Jurisprudence

**Distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; **arrêts mentionnés :** *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. Chai*, [1995] 2 R.C.S. 1118; *R. c. Zinck*, 2003 CSC 6, [2003] 1 R.C.S. 41;



143; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Van Rassel*, [1990] 1 S.C.R. 225; *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Wust*, 2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

### Statutes and Regulations Cited

*Abolition of Early Parole Act*, S.C. 2011, c. 11, ss. 3, 5, 10(1).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(g), (h), (i).  
*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 102, 119, 119.1 [ad. 1997, c. 17, s. 21(1); rep. 2011, c. 11, s. 3], 122, 125 [rep. 2011, c. 11, s. 5], 126 [*idem*], 126.1 [*idem*], 140.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 743.6(1).

### Treaties and Other International Instruments

*International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 14.7.

### Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 145, No. 131, 3rd Sess., 40th Parl., February 15, 2011, p. 8205.  
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. Sub-committee on Corrections and Conditional Release Act. “A Work in Progress: The *Corrections and Conditional Release Act*”, May 2000 (online: <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=2537364&Language=E&Mode=1&Parl=36&Ses=2>).  
 Canadian Criminal Justice Association. “Comments on ‘Directions for Reform’: A Public Consultation Package on Sentencing, Corrections and Conditional Release”, December 7, 1990.  
 Correctional Service of Canada Review Panel. *Report of the Correctional Service of Canada Review Panel: A Roadmap to Strengthening Public Safety*. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 2007.  
 Friedland, M. L. “Legal Rights Under The Charter” (1982), 24 *Crim. L.Q.* 430.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2012, release 1).

*Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Van Rassel*, [1990] 1 R.C.S. 225; *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11(g), (h), (i).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 743.6(1).  
*Loi sur l’abolition de la libération anticipée des criminels*, L.C. 2011, ch. 11, art. 3, 5, 10(1).  
*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 102, 119, 119.1 [aj. 1997, ch. 17, art. 21(1); abr. 2011, ch. 11, art. 3], 122, 125 [abr. 2011, ch. 11, art. 5], 126 [*idem*], 126.1 [*idem*], 140.

### Traités et autres instruments internationaux

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 14.7.

### Doctrine et autres documents cités

Association canadienne de justice pénale. « Comments on “Directions for Reform”: A Public Consultation Package on Sentencing, Corrections and Conditional Release », December 7, 1990.  
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. Sous-comité sur la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition. « En constante évolution : La *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* », mai 2000 (en ligne : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=2537364&Mode=1&Parl=36&Ses=2&Language=F>).  
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 131, 3<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., 15 février 2011, p. 8205.  
 Comité d’examen du Service correctionnel du Canada. *Rapport du Comité d’examen du Service correctionnel du Canada : Feuille de route pour une sécurité publique accrue*. Ottawa : Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2007.  
 Friedland, M. L. « Legal Rights Under The Charter » (1982), 24 *Crim. L.Q.* 430.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Toronto : Carswell, 2007 (updated 2012, release 1).

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2010.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Levine, D. Smith and Groberman JJ.A.), 2012 BCCA 435, 329 B.C.A.C. 118, 560 W.A.C. 118, 98 C.R. (6th) 346, 292 C.C.C. (3d) 502, [2012] B.C.J. No. 2258 (QL), 2012 CarswellBC 3357, affirming a decision of Holmes J., 2012 BCSC 944, 264 C.R.R. (2d) 160, [2012] B.C.J. No. 1312 (QL), 2012 CarswellBC 1879. Appeal dismissed.

*Cheryl D. Mitchell and Ginette Gobeil*, for the appellant.

*Eric Purtzki and Garth Barriere*, for the respondents.

*David Lepofsky and Mabel Lai*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Michael Jackson, Q.C.*, and *Joana Thackeray*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

WAGNER J. —

## I. Introduction

[1] In this appeal, the Court revisits the definition of the term “punishment” in the context of s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The criminal law distinguishes between the sentence imposed on an offender and the conditions of the sentence. Changes to the conditions of a sentence, such as eligibility for parole, do not alter the sentence itself. This Court must decide whether retrospective changes to the conditions of a sentence may in some circumstances constitute “punishment” in violation of the s. 11(h) right not to be punished twice for the same offence.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 5th ed. Toronto : Carswell, 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Levine, D. Smith et Groberman), 2012 BCCA 435, 329 B.C.A.C. 118, 560 W.A.C. 118, 98 C.R. (6th) 346, 292 C.C.C. (3d) 502, [2012] B.C.J. No. 2258 (QL), 2012 CarswellBC 3357, qui a confirmé une décision de la juge Holmes, 2012 BCSC 944, 264 C.R.R. (2d) 160, [2012] B.C.J. No. 1312 (QL), 2012 CarswellBC 1879. Pourvoi rejeté.

*Cheryl D. Mitchell et Ginette Gobeil*, pour l’appelant.

*Eric Purtzki et Garth Barriere*, pour les intimés.

*David Lepofsky et Mabel Lai*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Michael Jackson, c.r.*, et *Joana Thackeray*, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WAGNER —

## I. Introduction

[1] Dans le cadre du présent pourvoi, la Cour est appelée à réexaminer la définition du terme « puni » à l’al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le droit criminel établit une distinction entre la peine infligée à un délinquant et les conditions de la peine. Les changements apportés aux conditions, par exemple à l’admissibilité à la libération conditionnelle, ne modifient pas la peine en soi. La Cour est appelée à déterminer si les changements apportés rétrospectivement aux conditions de la peine emportent l’imposition d’une peine, ce qui enfreindrait le droit garanti par l’al. 11h) de ne pas être puni deux fois pour la même infraction.

[2] This appeal results from Parliament’s conclusion that accelerated parole review, or APR, was not working. Established by legislation enacted in November 1992, APR was a simplified process that allowed first-time non-violent offenders to be considered for parole on the basis of a single question: Are there no reasonable grounds to believe that the offender, if released, is likely to commit a violent offence? (See the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (“CCRA”).)

[3] The Crown cites criticism of APR that dated back to its inception. Even before the legislation establishing APR was enacted, the Canadian Criminal Justice Association had expressed concerns about the violent recidivism test, noting that “[n]o system of predicting future behaviour can be safely based upon such a single factor.” It argued that APR would be available to some offenders who “have records with previous incarceration in Provincial institutions for offences including those of violence” (“Comments on ‘Directions for Reform’: A Public Consultation Package on Sentencing, Corrections and Conditional Release”, December 7, 1990, at p. 29 (A.R., vol. III, at p. 165)).

[4] Despite this and other criticism, the APR process was expanded in 1997 to include earlier eligibility for day parole: after six months, or one sixth of the sentence, whichever was longer, instead of six months before eligibility for full parole (S.C. 1997, c. 17, s. 21(1)).

[5] The Crown notes that criticism continued to be levelled at APR in the ensuing years. In a report presented in 2000, a parliamentary sub-committee, though recommending that APR be retained, also recommended “tightening the eligibility criteria” for APR so that offenders incarcerated for Schedule I or Schedule II offences under the *CCRA*

[2] Le présent pourvoi découle de la conclusion du législateur selon lequel la procédure d’examen expéditif, ou PEE, n’était pas adéquate. Établie par voie législative en novembre 1992, la PEE constituait une procédure simplifiée permettant au délinquant non violent qui en est à sa première infraction d’être évalué en vue d’une libération conditionnelle sur la base d’une seule question, soit celle de savoir s’il n’existe aucun motif raisonnable de croire que le délinquant, s’il est mis en liberté, commettra une infraction accompagnée de violence. (Voir la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (« *LSCMLSC* »).)

[3] Le ministère public souligne les critiques émises contre la PEE qui remontent à l’époque de sa création. Avant même l’adoption de la loi établissant la PEE, l’Association canadienne de justice pénale émettait des réserves sur le critère de la récidive avec violence, faisant valoir que [TRADUCTION] « [n]ul système ayant pour objet de prévoir le comportement futur et qui se veut sécuritaire ne saurait être fondé sur un seul facteur. » L’Association faisait valoir que la PEE s’appliquerait à certains délinquants qui « ont déjà purgé des peines dans des établissements provinciaux pour des infractions, notamment pour des infractions avec violence » (« Comments on “Directions for Reform” : A Public Consultation Package on Sentencing, Corrections and Conditional Release », 7 décembre 1990, p. 29 (d.a., vol. III, p. 165)).

[4] Malgré ces critiques et d’autres, en 1997, la PEE a été élargie et prévoyait l’admissibilité anticipée à la semi-liberté, qui intervenait après un temps d’épreuve de six mois, ou après une période équivalant au sixième de la peine, si elle était supérieure, plutôt que six mois avant l’admissibilité à la libération conditionnelle totale (L.C. 1997, ch. 17, par. 21(1)).

[5] Le ministère public signale que les critiques à l’endroit de la PEE n’ont pas cessé au cours des années qui ont suivi. Dans un rapport présenté en 2000, un sous-comité parlementaire, tout en recommandant que la PEE soit maintenue, a préconisé d’en « resserrer les critères d’admissibilité », de sorte que les délinquants incarcérés pour une infraction

would not qualify for it, and “changing the risk of recidivism criterion to be taken into account by the National Parole Board” to one of general recidivism (Sub-committee on Corrections and Conditional Release Act of the Standing Committee on Justice and Human Rights, “A Work in Progress: The *Corrections and Conditional Release Act*”, May 2000, at para. 4.25 (online)).

[6] In a 2007 report, the Correctional Service of Canada Review Panel concluded that “statutory release and accelerated parole have both undermined discretionary release and generally have not proved as effective as discretionary release in mitigating violent reoffending” (*Report of the Correctional Service of Canada Review Panel: A Roadmap to Strengthening Public Safety* (2007), at p. 110).

[7] Purporting to respond to this criticism, Parliament repealed the relevant provisions. The *Abolition of Early Parole Act*, S.C. 2011, c. 11 (“*AEPA*”), the relevant part of which came into force on March 28, 2011, eliminated APR and with it the possibility of earlier release. What is crucial in this appeal is that by virtue of s. 10(1) of the *AEPA*, the repeal applied retrospectively. Mr. Whaling, Ms. Slobbe and Mr. Maidana had all been convicted of serious, but non-violent, crimes at a time when APR remained in effect. Each of them would have been eligible for early day parole under the repealed provisions.

[8] The question before this Court is whether the retrospective application of the delayed eligibility for day parole to incarcerated offenders who had been sentenced before the APR provisions were repealed violated the respondents’ right, guaranteed by s. 11(*h*) of the *Charter*, not to be punished anew for their offences.

mentionnée à l’annexe I ou à l’annexe II de la *LSCMLSC* ne puissent en bénéficier, et de « modifier le critère de récidive qui doit être pris en compte par la Commission nationale des libérations conditionnelles » pour le remplacer par un critère de récidive générale (Sous-comité sur la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition du Comité permanent de la justice et des droits de la personne, « En constante évolution : La *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* », mai 2000, par. 4.25 (en ligne)).

[6] Dans un rapport préparé en 2007, le Comité d’examen du Service correctionnel du Canada concluait que « la libération d’office et la procédure d’examen expéditif ont toutes les deux nui à la mise en liberté discrétionnaire et, de façon générale, ne se sont pas avérées aussi efficaces que la mise en liberté discrétionnaire pour ce qui est de réduire la récidive avec violence » (*Rapport du Comité d’examen du Service correctionnel du Canada : Feuille de route pour une sécurité publique accrue* (2007), p. 121).

[7] Par une mesure qui se voulait une réponse à ces critiques, le législateur a abrogé les dispositions pertinentes. La *Loi sur l’abolition de la libération anticipée des criminels*, L.C. 2011, ch. 11 (« *LALAC* »), dont les dispositions pertinentes sont entrées en vigueur le 28 mars 2011, supprime la PEE et de ce fait la possibilité d’une mise en liberté anticipée. Fait essentiel dans le présent pourvoi, par le jeu du par. 10(1) de la *LALAC*, l’abrogation s’applique rétrospectivement. M. Whaling, M<sup>me</sup> Slobbe et M. Maidana ont été condamnés pour des crimes graves, mais sans violence, à l’époque où la PEE s’appliquait. Ils auraient tous été admissibles à la semi-liberté anticipée en vertu des dispositions abrogées.

[8] La Cour doit déterminer si l’augmentation rétrospective du temps d’épreuve pour l’admissibilité à la semi-liberté à l’égard des détenus condamnés et punis avant l’abrogation des dispositions créant la PEE porte atteinte au droit des intimés, garanti par l’al. 11*h*) de la *Charte*, de ne pas être punis de nouveau pour les infractions commises.

[9] This appeal affords the Court the opportunity to revisit the purpose of s. 11(*h*) and to define its scope. For the reasons that follow, I find that s. 11(*h*) applies to the respondents' claim. The retrospective application of delayed day parole eligibility violated the respondents' s. 11(*h*) right not to be "punished . . . again", and that violation was not justified under s. 1 of the *Charter*.

[10] Having found that the specific right enshrined in s. 11(*h*) was violated, I do not find it necessary to address the respondents' claim with respect to the more general right guaranteed by s. 7 of the *Charter*.

## II. Facts

[11] This is an appeal from a decision in which the British Columbia Court of Appeal upheld a summary trial decision of the British Columbia Supreme Court. Both courts found in the respondents' favour.

[12] The respondents, Mr. Whaling, Ms. Slobbe and Mr. Maidana, were all serving federal penitentiary sentences. As first-time, non-violent offenders, all three were eligible for APR under the system in place at the time of their sentencing (s. 125(1) of the *CCRA* (now repealed)).

[13] APR was different from normal parole review in a few ways. First, the process was simplified. The APR application was automatic, which meant that eligible offenders were referred to the National Parole Board without having to apply for it (s. 126(4) of the *CCRA* (repealed)). The review was conducted on paper, without a hearing (s. 126(1) (repealed)). Second, the test for release was based on a presumptive standard that was lower than the one applicable to normal parole. After finding "no reasonable grounds to believe that the offender, if released, is likely to commit an offence involving violence", the Board had no discretion to decide against releasing the offender (s. 126(2) (repealed)).

[9] Le présent pourvoi permet à la Cour de réexaminer l'objet de l'al. 11*h*) et d'en définir la portée. Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'al. 11*h*) s'applique au grief des intimés. L'augmentation rétrospective du temps d'épreuve pour l'admissibilité à la semi-liberté porte atteinte au droit des intimés, garanti par l'al. 11*h*), de ne pas être « puni[s] de nouveau ». Cette atteinte n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

[10] Comme je suis d'avis que le droit expressément garanti par l'al. 11*h*) a été enfreint, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la demande des intimés fondée sur le droit général protégé par l'art. 7 de la *Charte*.

## II. Les faits

[11] Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi contre une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a confirmé la décision rendue à l'issue d'un procès par voie sommaire par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Les deux juridictions ont tranché en faveur des intimés.

[12] Les intimés, M. Whaling, M<sup>me</sup> Slobbe et M. Maidana, purgeaient tous des peines dans des pénitenciers fédéraux. À titre de délinquants non violents qui en étaient à leur première infraction, tous les trois étaient admissibles à la PEE en vertu du régime en vigueur à l'époque où leur peine avait été prononcée (par. 125(1) de la *LSCMLSC* (maintenant abrogé)).

[13] La PEE se distinguait à plusieurs égards de la procédure normale d'examen en vue de la libération conditionnelle. Premièrement, il s'agissait d'une procédure simplifiée. La PEE s'appliquait automatiquement, c.-à-d. que les dossiers des délinquants qui étaient admissibles étaient transmis à la Commission nationale des libérations conditionnelles sans qu'une demande soit présentée (par. 126(4) de la *LSCMLSC* (abrogé)). La Commission procédait sans audience à l'examen des dossiers transmis (par. 126(1) (abrogé)). Deuxièmement, la procédure expéditive appliquait un critère de mise en liberté fondé sur une présomption, moins strict que celui qui préside à la

Section 126.1 (repealed) extended these provisions to day parole, in addition to full parole.

[14] Third, and this is crucial to this appeal, beginning in 1997, the APR process for day parole was triggered at an earlier date than in the normal process: after the offender had served one sixth of the sentence or six months (whichever was longer), instead of six months before the full parole eligibility date (s. 119.1 (repealed)).

[15] With the coming into force of the *AEPA*, APR (including early day parole eligibility), was abolished. Sections 3 and 5 of the *AEPA* repealed the *CCRA*'s APR provisions (ss. 119.1, 125, 126 and 126.1, cited above), while s. 10(1) of the *AEPA* made the abolition of APR apply retrospectively to offenders already serving their sentences. Section 10(1) reads:

**10.** (1) Subject to subsection (2), the accelerated parole review process set out in sections 125 to 126.1 of the *Corrections and Conditional Release Act*, as those sections read on the day before the day on which section 5 comes into force, does not apply, as of that day, to offenders who were sentenced, committed or transferred to penitentiary, whether the sentencing, committal or transfer occurs before, on or after the day of that coming into force.

[16] In other words, APR, which the *AEPA* abolished, “does not apply” even if the offender was sentenced before the *AEPA* came into force. Instead of APR, the normal parole provisions of the *CCRA* would now apply. This changed the timing of eligibility for day parole: eligibility after the offender had served one sixth of the sentence or six months (repealed s. 119.1) was replaced with eligibility six months before the full parole

procédure normale de libération conditionnelle. Dès lors qu'elle concluait qu'« il n'existe aucun motif raisonnable de croire que le délinquant commettra une infraction accompagnée de violence s'il est remis en liberté », la Commission était privée de tout pouvoir discrétionnaire qui lui aurait permis de refuser la mise en liberté du délinquant (par. 126(2) (abrogé)). L'article 126.1 (abrogé) prévoyait que ces dispositions s'appliquaient à la semi-liberté et à la libération conditionnelle totale.

[14] Troisièmement, et il s'agit là d'un élément crucial du présent pourvoi, dès 1997, le processus prévu par la PEE s'enclenchait à une date antérieure à celle prévue pour la semi-liberté dans le cadre de la procédure normale, soit une fois que le délinquant avait purgé le sixième de sa peine ou six mois (selon la plus longue de ces périodes) alors que l'admissibilité était fixée, selon la procédure normale, à six mois avant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle totale (art. 119.1 (abrogé)).

[15] Quand elle est entrée en vigueur, la *LALAC* a aboli la PEE, y compris l'admissibilité anticipée à la semi-liberté. Les articles 3 et 5 de la *LALAC* abrogent les dispositions de la *LSCMLSC* relatives à la PEE (art. 119.1, 125, 126 et 126.1 susmentionnés) et le par. 10(1) prévoit que l'abolition de la PEE s'applique rétrospectivement aux délinquants purgeant déjà leur peine. Le par. 10(1) est ainsi rédigé :

**10.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), la procédure d'examen expéditif prévue par les articles 125 à 126.1 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, dans leur version antérieure à la date d'entrée en vigueur de l'article 5, cesse de s'appliquer, à compter de cette date, à l'égard de tous les délinquants condamnés ou transférés au pénitencier, que la condamnation ou le transfert ait eu lieu à cette date ou avant ou après celle-ci.

[16] Autrement dit, la PEE, que la *LALAC* abolit, « cesse de s'appliquer » même à l'égard des délinquants condamnés et punis avant l'entrée en vigueur de la *LALAC*. Ce sont les dispositions relatives à la procédure normale de libération conditionnelle de la *LSCMLSC* qui s'appliquent dorénavant. Ce changement a modifié la date d'admissibilité à la semi-liberté — le temps d'épreuve équivalant au sixième de la peine ou à

eligibility date (s. 119). It also changed the review process for both day and full parole: automatic referral to the Board (repealed ss. 126(4) and 126.1) was eliminated, which meant that the offender would have to submit an application (s. 122), and the review on paper without a hearing (repealed s. 126(1)) was replaced with the hearing and personal appearance by the offender required in the normal review process (s. 140). In addition, the repeal changed the test for granting parole: the lower, presumptive standard of violent recidivism, which left the Board no discretion to deny parole if the test was met (repealed s. 126(2)), reverted to the more onerous one of “undue risk to society”, which does leave it with such a discretion (s. 102).

[17] The immediate effect of the repeal was to delay the day parole eligibility dates of all three respondents: Mr. Whaling’s by three months, Ms. Slobbe’s by nine months, and Mr. Maidana’s by twenty-one months.

[18] The respondents challenged the constitutionality of s. 10(1) of the *AEPA* by way of a summary trial in the British Columbia Supreme Court.

### III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court, 2012 BCSC 944, 264 C.R.R. (2d) 160*

[19] Holmes J., the summary trial judge, held that s. 10(1) of the *AEPA* infringed s. 11(h) of the *Charter* because it amounted to additional punishment, and that it was not saved under s. 1 of the *Charter*.

[20] Holmes J. began by asking whether the abolition of APR amounted to punishment in violation

six mois (art. 119.1 (abrogé)) a été remplacé par une période se terminant six mois avant la date d’admissibilité à la libération conditionnelle totale (art. 119). Ce changement a aussi eu pour effet de modifier la procédure d’examen en vue de la semi-liberté et de la libération conditionnelle totale — la transmission automatique des dossiers à la Commission (par. 126(4) et art. 126.1 (abrogés)) a été supprimée, de sorte que le délinquant doit présenter une demande de libération conditionnelle (art. 122), et l’examen sans audience des dossiers (par. 126(1) (abrogé)) est remplacé par la procédure d’examen normale, qui prévoit la tenue d’une audience à laquelle le délinquant assiste (art. 140). En outre, l’abrogation a supprimé le critère de la récidive avec violence — moins strict, fondé sur une présomption et qui ne permettait pas à la Commission de refuser la libération conditionnelle dès lors qu’il était satisfait au critère (par. 126(2) (abrogé)) — et y a substitué le critère de libération conditionnelle du « risque [. . .] inacceptable pour la société » — applicable à la procédure normale — et qui confère à la Commission le pouvoir de refuser la libération conditionnelle (art. 102).

[17] L’abrogation a eu pour effet immédiat de retarder l’admissibilité à la semi-liberté des trois intimés : de trois mois dans le cas de M. Whaling, de neuf mois dans le cas de M<sup>me</sup> Slobbe et de vingt et un mois dans celui de M. Maidana.

[18] Les intimés ont contesté la constitutionnalité du par. 10(1) de la *LALAC* lors d’un procès par voie sommaire devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

### III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2012 BCSC 944, 264 C.R.R. (2d) 160*

[19] La juge du procès, la juge Holmes, a conclu que le par. 10(1) de la *LALAC* contrevenait à l’al. 11(h) de la *Charte* parce qu’il entraînait l’imposition d’une peine supplémentaire et qu’il n’était pas justifié au regard de l’article premier de la *Charte*.

[20] La juge Holmes s’est demandé si l’abolition de la PEE punissait les intimés en contravention au

of the respondents' right under s. 11(h) of the *Charter*, "if finally found guilty and punished for [an] offence, not to be tried or punished for it again". She reasoned on the basis of *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, that "[s.] 11(h)'s protections carry on past trial, conviction (or acquittal), and sentence, to prevent any additional trial or punishment for the offence with which the person was once charged" (para. 46).

[21] On how to determine whether a given consequence constitutes "punishment", Holmes J. quoted (at para. 52) the following passage from *Rodgers* (para. 63):

As a general rule, it seems to me that the consequence will constitute a punishment when it forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence and the sanction is one imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing.

She pointed out that delayed parole eligibility is clearly used as "punishment" in the context of criminal sentencing, citing several decisions of this Court, including *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, *R. v. Chaisson*, [1995] 2 S.C.R. 1118, and *R. v. Zinck*, 2003 SCC 6, [2003] 1 S.C.R. 41. Although there is a difference between the sentencing and parole processes, parole ineligibility imposed as part of a sentence under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is not materially different from parole ineligibility resulting from the retrospective amendment of the *CCRA*, since the objectives and functions of the two processes can and do overlap.

[22] Turning to s. 10(1) of the *AEPA*, Holmes J. found that there was "abundant evidence" that its purposes were punitive in nature (para. 112). She also found that the effect of the retrospective alteration of day parole eligibility was punitive, and noted in particular that this alteration would have

droit que leur garantit l'al. 11h) de la *Charte* « de ne pas être jugé[s] ni puni[s] de nouveau pour une infraction dont [ils ont] été définitivement déclaré[s] coupable[s] et puni[s] ». La juge Holmes a conclu, sur la base de l'arrêt *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, que [TRADUCTION] « les garanties offertes par [l'al.] 11h) s'appliquent après le procès, la déclaration de culpabilité (ou l'acquiescement) et la peine antérieurs, pour empêcher la tenue d'un autre procès ou la condamnation à une autre peine à l'égard de l'infraction qui avait été reprochée à cette personne » (par. 46).

[21] Quant à la question de savoir si une conséquence particulière constitue une « peine », la juge Holmes a cité (au par. 52) le passage suivant de l'arrêt *Rodgers* (par. 63) :

En règle générale, il me semble que la conséquence constitue une peine lorsqu'elle fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et qu'elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine.

La juge Holmes a noté que l'augmentation du temps d'épreuve pour la libération conditionnelle constitue clairement une « peine » dans le contexte du prononcé des peines en matière criminelle, se référant à plusieurs arrêts de la Cour, dont *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, *R. c. Chaisson*, [1995] 2 R.C.S. 1118, et *R. c. Zinck*, 2003 CSC 6, [2003] 1 R.C.S. 41. Bien que les procédures de détermination de la peine et de libération conditionnelle soient distinctes, l'inadmissibilité à la libération conditionnelle dont le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, assortit certaines peines n'est pas essentiellement différente de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle découlant de la modification rétrospective de la *LSCMLSC*, car les objectifs et les fonctions de ces deux procédures peuvent se recouper et se recouper effectivement.

[22] La juge Holmes a conclu qu'une [TRADUCTION] « preuve abondante » révélait que les objectifs du par. 10(1) de la *LALAC* étaient de nature punitive (par. 112). La modification rétrospective de l'admissibilité à la semi-liberté avait un effet punitif et elle a souligné, tout particulièrement, son « effet



a “significant actual effect on the way in which the two offenders who are still in prison will serve their sentences” (para. 113). Although she accepted, citing *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, that there are changes that can be made to corrections and parole law and policy without distorting the sentence imposed, in her view, “such changes do not include significant limitations, regardless of any exercise of the Board’s discretion, to the parole eligibility of offenders” who have already been sentenced (para. 114). A change that includes such limitations occasions additional punishment.

[23] Having established an infringement of s. 11(*h*), Holmes J. found that the infringement was not saved under s. 1 of the *Charter*. Although the objectives underlying the retrospective application of the repeal, which included maintaining or restoring public confidence in the administration of justice, were pressing and substantial, the Attorney General of Canada had not shown that the provision impaired the respondents’ s. 11(*h*) rights no more than was necessary to attain Parliament’s objectives. Holmes J. declared s. 10(1) to be invalid to the extent that it made the *AEPA* apply retrospectively to offenders sentenced before March 28, 2011, the date the *AEPA* came into force. The declaration was to have immediate effect.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2012 BCCA 435, 329 B.C.A.C. 118 (Levine, D. Smith and Groberman J.J.A.)*

[24] The Court of Appeal upheld the trial judge’s decision, although with a few variations in reasoning. Levine J.A., writing for the court, found that the purpose of s. 11(*h*) is to protect against double jeopardy, and that it applies to sanctions imposed after sentencing. She found that the retrospective legislative lengthening of the time the respondents would spend in jail that resulted from the delaying of their parole eligibility violated their right under s. 11(*h*) not to be “punished again” (para. 71).

tangible significatif sur la façon dont les deux délinquants toujours incarcérés purgeront leur peine » (par. 113). Se référant à l’arrêt *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, la juge a reconnu qu’il est possible d’apporter des modifications au droit et aux politiques relatifs aux services correctionnels et à la libération conditionnelle sans dénaturer pour autant la peine infligée, mais que « ces modifications ne doivent pas limiter de façon importante, même sous réserve de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire accordé à la Commission, l’admissibilité à la libération conditionnelle des délinquants » qui ont déjà été condamnés et punis (par. 114), car il en découlerait une peine supplémentaire.

[23] Estimant qu’il y avait eu une atteinte à l’al. 11(*h*), la juge Holmes a conclu que cette atteinte n’était pas justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*. Bien que les objectifs de l’abrogation rétrospective, dont le maintien ou le rétablissement de la confiance du public dans l’administration de la justice, soient urgents et réels, le procureur général du Canada n’a pas démontré que la mesure ne portait pas atteinte plus que nécessaire aux droits des intimés garantis par l’al. 11(*h*) pour la réalisation des objectifs du législateur. Le paragraphe 10(1) a été déclaré invalide dans la mesure où il prévoyait l’application rétrospective de la *LALAC* aux délinquants condamnés avant le 28 mars 2011, date de l’entrée en vigueur de cette loi. Le jugement déclaratoire prenait effet immédiatement.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2012 BCCA 435, 329 B.C.A.C. 118 (les juges Levine, D. Smith et Groberman)*

[24] La Cour d’appel a confirmé la décision de la juge de première instance, mais a tenu un raisonnement quelque peu différent. S’exprimant au nom de la cour, la juge Levine a conclu que l’al. 11(*h*) visait à protéger les inculpés contre le double péril et qu’il s’appliquait aux sanctions infligées après le prononcé de la peine. Elle a jugé que l’augmentation rétrospective du temps d’épreuve résultant du report de la date d’admissibilité à la libération conditionnelle portait atteinte au droit des intimés garanti par l’al. 11(*h*) de ne pas être « puni[s] de nouveau » (par. 71).

[25] Levine J.A. emphasized the distinction between the role of the sentencing judge and that of the Board under the *CCRA*, and mentioned that it is improper for a judge to take parole administration into consideration in the sentencing process. This did not alter her conclusion that s. 10(1) of the *AEPA* nonetheless amounted to punishment, having regard to both the purpose and the effect of the retrospective application of the repeal.

[26] Levine J.A. noted that an overly narrow reading of s. 11(*h*) is contrary to the appropriate principles of *Charter* interpretation. She stated that the purpose of s. 11(*h*) is to ensure that a person cannot be punished a second time for an offence for which he or she has already been tried and convicted. The issue was the meaning of “punishment” for the purposes of s. 11(*h*), and this turned on whether the consequence in this case “forms part of the arsenal of [possible] sanctions” and furthers the “purpose and principles of sentencing”, as required by *Rodgers* (para. 63). Levine J.A. asked whether the statute had a punitive purpose, but declined to decide the s. 11(*h*) claim on the basis of this question. Instead, she held that the *effect* of the delayed parole eligibility imposed by way of legislation was analogous to that of delayed parole eligibility imposed by a judge, the latter of which is clearly punishment (citing *Chaisson* and *Zinck*). In its effect, therefore, s. 10(1) of the *AEPA* violated s. 11(*h*) of the *Charter*.

[27] The Court of Appeal also agreed with the trial judge’s finding that although the legislation was enacted in response to a pressing and substantial concern, the Attorney General had not provided sufficient evidence that it impaired the respondents’ rights as little as possible, which meant that it could not be saved under s. 1 of the *Charter*.

[25] La juge Levine a insisté sur le rôle du juge chargé d’infliger la peine, distinct de celui de la Commission sous le régime de la *LSCMLSC*, et sur le devoir, pour les juges, de ne pas considérer l’impact de la libération conditionnelle lors du prononcé de la peine. Elle a néanmoins conclu que le par. 10(1) de la *LALAC* entraînait la création d’une peine, compte tenu de l’objet et de l’effet de son application rétrospective.

[26] La juge Levine a signalé qu’une interprétation trop étroite de l’al. 11*h*) était contraire aux principes corrects d’interprétation de la *Charte*. Elle a conclu que l’objectif de l’al. 11*h*) était d’interdire qu’une personne qui avait déjà été jugée, condamnée et punie pour une infraction écope d’une deuxième peine pour la même infraction. Il s’agissait donc de définir ce qu’il faut entendre à l’al. 11*h*) par le terme « puni » et, par extension, de déterminer si, en l’espèce, la conséquence « fai[sai]t partie des sanctions [possibles] » et si elle était conforme à « l’objectif et aux principes de la détermination de la peine » suivant l’arrêt *Rodgers* (par. 63). La juge Levine s’est demandé si la loi avait un objet punitif, mais elle a refusé de se prononcer sur l’argument fondé sur l’al. 11*h*) sous cet angle. La juge Levine a plutôt conclu que l’*effet* du report, imposé par la loi, de la date d’admissibilité à la libération conditionnelle était comparable à celui du report, imposé par le tribunal, de la date d’admissibilité à la libération conditionnelle, qui dans ce dernier cas entraîne manifestement la création d’une peine (renvoyant aux arrêts *Chaisson* et *Zinck*). Les conséquences de l’application du par. 10(1) de la *LALAC* contrevenaient à l’al. 11*h*) de la *Charte*.

[27] La Cour d’appel partageait aussi l’opinion de la juge de première instance selon laquelle, malgré l’objectif urgent et réel de la loi en cause, le procureur général n’avait pas produit une preuve suffisante pour démontrer que la loi affectait minimalement les droits des intimés. Elle n’était donc pas justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*.

#### IV. Analysis

##### A. *Does the Retrospective Application of the Abolition of APR Infringe Section 11(h)?*

[28] The respondents submit that the retrospective application provision, s. 10(1) of the *AEPA*, violates their right under s. 11(h) of the *Charter* not to be “punished . . . again”. They urge a broad reading of the term “punishment” that is not limited to the duplication of criminal or quasi-criminal proceedings. In their view, the retrospective application of the repeal, which eliminated the eligibility for early day parole of offenders who had already been sentenced, was punitive in its effect. The respondents also argue, parting ways with the Court of Appeal on this point, that it was punitive in its purpose.

[29] The Crown urges a narrow, textual reading of s. 11(h) that would exclude the elimination of early day parole eligibility from the definition of “punishment”. It argues that the retrospective application of the repeal was adopted in furtherance of the goals of rehabilitation, reintegration, public safety and confidence in the administration of justice, not that of punishment. The effect of that application reflects this non-punitive purpose. In this Court, the Crown further argues that s. 11(h) is not engaged, because being “punished . . . again” requires a duplication of proceedings that are criminal in nature in respect of the same matter.

[30] I will begin with this last question of whether s. 11(h) applies absent a duplication of proceedings. I will then consider the scope of the “punishment” concept in the context of s. 11(h) before inquiring into whether the impugned provision constitutes “punishment” in its purpose or in its effect.

#### IV. Analyse

##### A. *L’abolition rétrospective de la PEE porte-t-elle atteinte au droit garanti à l’al. 11h)?*

[28] Les intimés font valoir que la disposition qui prévoit l’application rétrospective, en l’occurrence le par. 10(1) de la *LALAC*, porte atteinte à leur droit garanti par l’al. 11h) de la *Charte* de ne pas être « puni[s] de nouveau ». Ils exhortent la Cour à adopter une interprétation large de la notion de « peine » qui ne serait pas limitée à la répétition d’instances criminelles ou quasi criminelles. À leur avis, l’abrogation rétrospective, qui a supprimé l’admissibilité anticipée à la semi-liberté à l’égard des délinquants déjà condamnés et punis, a eu un effet punitif. Les intimés prétendent, contrairement à l’opinion exprimée par la Cour d’appel sur ce point, que l’objet était punitif.

[29] Le ministère public propose une interprétation étroite et textuelle de l’al. 11h), qui exclut de la notion de « peine » l’annulation de l’admissibilité anticipée à la semi-liberté. Il fait valoir que l’abrogation rétrospective était conforme aux objectifs de réadaptation, de réinsertion sociale, de sécurité publique et de confiance du public dans l’administration de la justice, et qu’elle ne visait pas à punir. L’effet de l’application rétrospective témoigne de cette fin non punitive. Le ministère public fait aussi valoir devant notre Cour que l’al. 11h) ne s’applique pas parce que le fait d’être « puni de nouveau » suppose l’existence d’une deuxième instance procédurale de nature criminelle à l’égard de la même affaire.

[30] Je commencerai par examiner cette dernière question, soit celle de savoir si l’al. 11h) s’applique en l’absence d’une deuxième instance procédurale. Je me pencherai ensuite sur ce qu’il faut entendre par être « puni » pour l’application de l’al. 11h), avant d’examiner la question de savoir si, en raison de son objet ou de son effet, la disposition contestée entraîne la création d’une peine.

(1) Does Section 11(h) Apply Where No Duplication of Proceedings Has Occurred?

[31] Neither the trial court nor the Court of Appeal dealt with this question. The two courts agreed that s. 11(h) protects against double jeopardy, which Levine J.A. defined as protection “from being tried or punished again for an offence for which the offender has already been found guilty and punished” (para. 45), and they focused their analyses on the meaning of “punishment” for the purposes of s. 11(h).

[32] Section 11(h) of the *Charter* reads as follows:

**11.** Any person charged with an offence has the right

. . .

(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again;

[33] Parliament’s purpose in enacting s. 11(h) was to protect against double jeopardy. Section 11(h) mirrors the language and purpose of art. 14.7 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, which reads:

7. No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.

[34] But equating s. 11(h) with double jeopardy does not conclude the discussion of its purpose, since the very definition of “double jeopardy” is contested. Don Stuart says the following in this regard in *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (5th ed. 2010):

Under existing Canadian law there is certainly no one rule on double jeopardy. The subject is one of the utmost complexity and subtlety and is certainly in need of clarification. The law provides protection against harassment of multiple trials for the same act but also

(1) L’alinéa 11h) s’applique-t-il en l’absence d’une deuxième instance?

[31] Ni le tribunal de première instance ni la Cour d’appel n’ont examiné cette question. Les deux juridictions ont convenu que l’al. 11h) apporte une protection contre le double péril, défini par la juge Levine de la Cour d’appel comme le fait pour le délinquant d’être [TRADUCTION] « jugé et puni de nouveau pour une infraction dont il a déjà été déclaré coupable et puni » (par. 45), et ont concentré leur analyse sur ce qu’il faut entendre par être « puni » pour l’application de l’al. 11h).

[32] L’alinéa 11h) de la *Charte* est ainsi libellé :

**11.** Tout inculpé a le droit :

. . .

h) d’une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d’autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

[33] Le législateur avait pour objectif en adoptant l’al. 11h) d’offrir une protection contre le double péril. Cette disposition s’inspire du libellé et de l’objectif de l’art. 14.7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, reproduit ci-dessous :

7. Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d’une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays.

[34] Or, le fait d’associer l’al. 11h) au double péril ne règle pas pour autant la question de son objet, puisque la définition même de « double péril » ne fait pas l’unanimité. Don Stuart tient les propos suivants dans *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (5<sup>e</sup> éd. 2010) :

[TRADUCTION] Actuellement, en droit canadien, il n’existe assurément pas de règle absolue sur le double péril. Il s’agit d’un sujet d’une grande complexité et plein de subtilités qui aurait certainement besoin d’être clarifié. La loi prévient l’abus de multiples procès visant un même

protection against multiple punishment. The concern to do something about double punishment stems from a distinct consideration based far more squarely on the fairness of proportionate punishment. [p. 464]

[35] As several authors have noted, the scope of s. 11(*h*) is narrow (see M. L. Friedland, “Legal Rights Under The Charter” (1982), 24 *Crim. L.Q.* 430, at pp. 435 and 449; Stuart, at p. 467). Stuart states that s. 11(*h*) has had “little impact on the protection of the accused against double jeopardy and double punishment”, in part because of this narrow scope (*ibid.*). Both Friedland and Stuart suggest that broader interpretations of double jeopardy may fit more easily into s. 7 of the *Charter* (Friedland, at p. 435; Stuart, at p. 468). This view may seem especially compelling in this case, which concerns alleged punishment arising from retrospective legislation, given that there are two provisions that deal explicitly with retrospectivity: s. 11(*g*), which protects against retroactive criminal legislation, and s. 11(*i*), which protects against the imposition of a harsher punishment where the punishment for the offence has been varied between the time of commission of the crime and the time of sentencing.

[36] In my view, it is not necessary to resort to a different *Charter* provision. The language of s. 11(*h*), the academic literature and this Court’s jurisprudence support a reading of s. 11(*h*) according to which the right not to be “punished . . . again” applies where an offender has been sentenced, even if no separate proceeding has taken place.

[37] Let me begin by addressing the plain meaning of s. 11(*h*). The introductory words to s. 11 indicate that the subject of the entire section is a “person charged with an offence”. Paragraph (*h*) then provides that this person has the right, “if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again”. The disjunctive language of the words “tried or punished” clearly indicates that s. 11(*h*)’s protection against additional punishment is independent of its protection against being tried again. In other words, as Stuart notes in respect of double jeopardy more generally, the protection applies to both the harassment of multiple trials and the harassment of additional

acte, mais aussi de multiples peines. Le souci d’agir pour éviter la double peine tient à une considération différente qui a plutôt rapport au caractère équitable d’une peine proportionnée. [p. 464]

[35] Comme le signalent plusieurs auteurs, l’al. 11*h*) a une portée restreinte (voir M. L. Friedland, « Legal Rights Under The Charter » (1982), 24 *Crim. L.Q.* 430, p. 435 et 449; Stuart, p. 467). Stuart affirme que cette disposition a eu [TRADUCTION] « peu d’incidence sur la protection de l’accusé contre le double péril et la double peine », en partie en raison de sa portée étroite (*ibid.*). Friedland et Stuart laissent tous deux entendre que l’interprétation élargie du double péril s’inscrirait davantage dans le cadre de l’art. 7 de la *Charte* (Friedland, p. 435; Stuart, p. 468). Ce point de vue peut paraître particulièrement convaincant dans le cas qui nous occupe, puisqu’il porte sur une peine qui découlerait d’une mesure législative rétrospective, soit un enjeu visé par deux dispositions qui traitent expressément de l’effet rétrospectif : l’al. 11*g*) (qui protège contre une loi criminelle rétroactive) et l’al. 11*i*) (qui protège contre l’imposition d’une peine plus sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui du prononcé de la peine).

[36] À mon avis, il n’est pas nécessaire d’invoquer une autre disposition de la *Charte*. Le libellé de l’al. 11*h*), la doctrine et la jurisprudence de la Cour appuient une interprétation de l’al. 11*h*) selon laquelle le droit de ne pas être « puni de nouveau » s’applique au délinquant qui a été condamné, même en l’absence de nouvelles procédures judiciaires.

[37] D’abord, j’examinerai le sens ordinaire du libellé de l’al. 11*h*). Son énoncé liminaire réfère à « [t]out inculpé ». L’alinéa *h*) dispose ensuite que l’inculpé a le droit « de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni ». L’emploi de la conjonction négative « ni », à caractère disjonctif, dans « jugé ni puni » indique clairement que la protection conférée par l’al. 11*h*) contre l’imposition d’une peine supplémentaire diffère de la protection contre un nouveau procès. Autrement dit, comme le signale Stuart à propos du double péril en général, la protection prévient l’abus de multiples procès et d’une peine supplémentaire (p. 464).

punishment (p. 464). The conjunctive language of the words “found guilty and punished” further accentuates the disjunctive language of “tried or punished”. It is thus clear from the plain meaning of the words that either being tried again *or* being punished again is sufficient to engage s. 11(h).

[38] The plain meaning of s. 11(h) is supported by common sense. It would be far more questionable to punish someone without a proceeding than to punish him or her with a proceeding. The purpose of s. 11(h) cannot be to protect against punishment imposed following a trial in which due process has been observed, but not against punishment imposed without the protections afforded by a trial.

[39] Next, it is true that the authors emphasize that s. 11(h) is narrow in scope and does not encompass all forms of double jeopardy. For instance, it is distinct from statutory and common law protections such as *autrefois acquit*, or the rule in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, against multiple convictions for separate offences based on a single act (*R. v. Van Rassel*, [1990] 1 S.C.R. 225, at p. 233). Nevertheless, this does not preclude the application of s. 11(h) to protect against double punishment where no new proceeding has taken place, nor am I aware of academic literature that would support such a position. While some authors focus on the fine points of what constitutes a second proceeding for the purposes of s. 11(h) (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at p. 51-35), this does not limit the application of s. 11(h) in cases of double punishment in which no such proceeding took place.

[40] If anything, the lack of academic commentary on this subject speaks less to the scope of the provision than to the relative infrequency of such violations. The early cases with respect to s. 11(h) concerned situations in which criminal charges were laid against an accused who had previously been sanctioned or disciplined in a non-criminal

L’emploi de la conjonction de coordination « et » dans l’expression « déclaré coupable et puni » fait ressortir encore davantage le caractère disjonctif de l’expression « jugé ni puni ». En conséquence, il ressort clairement du sens ordinaire des mots que le fait d’être jugé de nouveau *ou* le fait d’être puni de nouveau suffit pour que l’al. 11h) s’applique.

[38] Cette interprétation de la disposition suivant son sens ordinaire repose sur le gros bon sens. Une peine infligée sans procès serait nettement plus discutable qu’une peine infligée à l’issue d’un procès. L’alinéa 11h) ne saurait avoir pour objet la protection contre une peine infligée à l’issue d’un procès tenu en bonne et due forme, mais pas contre d’autres types de « peine » infligée sans les garanties qu’offre un procès régulier.

[39] Ensuite, les auteurs soulignent certes que l’al. 11h) a une portée restreinte et qu’il ne vise pas toutes les formes de double péril. À titre d’exemple, il se distingue des garanties légales et de common law, comme le principe d’*autrefois acquit*, ou celui établi dans l’arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, à l’encontre de déclarations de culpabilité multiples pour des infractions distinctes qui découlent d’un seul acte (*R. c. Van Rassel*, [1990] 1 R.C.S. 225, p. 233). Néanmoins, rien dans ce qui précède ne fait obstacle à une interprétation de l’al. 11h) selon laquelle cette disposition offre une protection contre une double peine dans les cas où aucune nouvelle instance n’a été tenue. À ma connaissance, aucun auteur n’appuie une telle thèse. Bien que certains auteurs s’attachent essentiellement aux caractéristiques de ce qui constitue une deuxième instance pour l’application de l’al. 11h) (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), vol. 2, p. 51-35), rien dans leur thèse ne vient restreindre l’application de cette disposition aux situations où il y a création d’une double peine en l’absence d’une deuxième instance.

[40] En fait, le peu de doctrine qui existe sur le sujet fait ressortir le caractère exceptionnel de telles atteintes plutôt que la teneur de la disposition en cause. Dans les premières affaires portant sur l’al. 11h), des accusations criminelles avaient été portées contre un accusé qui avait déjà fait l’objet de sanctions pénales ou disciplinaires à l’issue

proceeding for the same act; the question was whether the non-criminal proceeding or sanction triggered the protection against double jeopardy (*R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, and *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3). Those cases did not directly address the possibility of punishment without a second proceeding. The Crown cites the following comment made by McLachlin J. (as she then was) in *Shubley* (p. 19): “Section 11(*h*) provides protection against duplication in proceedings of a criminal nature. It does not preclude two different proceedings, one criminal and the other not criminal, flowing from the same act” (A.F., at para. 59). However, this passage must be read in context, as part of the Court’s inquiry into whether the proceeding in question was criminal “in nature”. Even in the early s. 11(*h*) cases, it was found that the protection against double jeopardy could be triggered by proceedings that are criminal in nature *or* by “true penal consequences”.

[41] *Rodgers*, a more recent case, supports my conclusion. At issue in that case was whether an order for the taking of a DNA sample that was made pursuant to a statute enacted after the offender had been sentenced constituted double punishment. The following comments of Charron J. are on point:

First, it is necessary to consider whether s. 11 applies at all to a s. 487.055 application. As the introductory words of the section make it plain, the protection extended by s. 11 can only be invoked when “[a] person [is] charged with an offence”. Therefore, in and of itself, the application for a DNA order does not at all engage s. 11. It cannot be contended that Mr. Rodgers is “charged with an offence” on any reasonable meaning of the term and, as I understood his argument, he is not claiming the protection of s. 11 on that basis. He relies, rather, on the charges that were brought in respect of the index offences — namely the multiple sex offences in respect of which he was convicted and which form the basis of the application for a DNA data bank order. There is no doubt that s. 11 applies to those criminal proceedings and the question then becomes whether the imposition of a s. 487.055 order constitutes further “punishment” for those offences. [Emphasis added; para. 58.]

d’une instance non criminelle visant le même acte. Il s’agissait de savoir si l’instance ou la sanction non criminelle faisait intervenir la protection contre le double péril (*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, et *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3). Les affaires susmentionnées ne portaient pas directement sur l’existence d’une peine en l’absence d’une deuxième instance. Le ministère public cite les propos suivants formulés par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *Shubley* (p. 19) : « L’alinéa 11*h*) protège contre la répétition des procédures de nature criminelle. Il n’empêche pas que deux sortes de procédures, les unes criminelles et les autres non criminelles, découlent du même acte » (m.a., par. 59). Or, la Cour doit examiner ce passage à la lumière de son contexte, dans le cadre de son analyse visant à déterminer si l’instance était « de nature » criminelle. Même dans les premières affaires fondées sur l’al. 11*h*), il a été décidé que la protection contre le double péril était mise en jeu par une instance de nature criminelle *ou* par de « véritables conséquences pénales ».

[41] L’arrêt dans l’affaire *Rodgers*, rendu plus récemment, appuie ma conclusion. La question en litige était de savoir si l’ordonnance de prélèvement d’échantillons de substances corporelles pour analyse génétique rendue en vertu d’une loi adoptée après la condamnation du délinquant constituait une double peine. Les commentaires suivants de la juge Charron se révèlent on ne peut plus pertinents :

D’abord, il faut se demander si même l’art. 11 s’applique à la demande visée à l’art. 487.055. Il ressort de l’énoncé liminaire de l’art. 11 que la protection offerte ne peut être invoquée que lorsqu’une personne est « inculpé[e] ». Ainsi, comme telle, la demande d’autorisation de prélever un échantillon d’ADN ne met pas du tout en jeu l’art. 11. On ne saurait raisonnablement prétendre que M. Rodgers est « inculpé » et, si je comprends bien, ce n’est pas en cette qualité qu’il ne demande à bénéficier de la protection offerte par l’art. 11. Il invoque plutôt les infractions dont il a été accusé selon le fichier — soit les infractions sexuelles dont il a été déclaré coupable et qui fondent la demande d’autorisation. Il ne fait aucun doute que l’art. 11 s’applique aux instances criminelles y afférentes, et la question qui se pose dès lors est de savoir si le prélèvement autorisé en application de l’art. 487.055 constitue une « peine » supplémentaire pour la perpétration de ces infractions. [Je souligne; par. 58.]

In *Rodgers*, the Court rejected the narrow construction of s. 11(h) advanced by the Crown in the case at bar according to which it is limited to cases involving a duplication of proceedings that are criminal in nature. I find that s. 11(h) does protect an offender who has been tried and sentenced against double punishment even in the absence of a second proceeding. As to the paucity of academic commentary on this issue, it may be time to update the textbooks.

[42] Having concluded that s. 11(h) does not preclude claims of double punishment where a second proceeding has not taken place, I must now determine whether the situation in the instant case amounts to punishment.

(2) What Is the Scope of “Punishment” in the Context of Section 11(h)?

(a) *Pre-Rodgers Jurisprudence*

[43] The scope of “punishment” in the context of s. 11(h) has expanded over the years as new cases have pushed the limits of old definitions. It has always been clear that criminal or quasi-criminal proceedings trigger the protection against double jeopardy. Thus, a second criminal or quasi-criminal charge with respect to the same act engages s. 11(h) even if the consequence is slight.

[44] *Wigglesworth* made it clear that the protection against double jeopardy may be triggered not only by proceedings that are criminal or quasi-criminal in nature, but also by non-criminal proceedings that result in a sanction with true penal consequences. Where a person is charged in respect of “a private, domestic or disciplinary matter . . . intended to maintain discipline, integrity or to regulate conduct within a limited private sphere of activity” (p. 560), s. 11(h) may still be engaged if the true penal consequences test is met:

In my opinion, a true penal consequence which would attract the application of s. 11 is imprisonment or a fine

Dans *Rodgers*, la Cour rejette l’interprétation étroite de l’al. 11h) avancée par le ministère public en l’espèce, selon laquelle cette disposition s’applique seulement aux affaires où il y a répétition d’instances de nature criminelle. J’estime que l’al. 11h) protège effectivement le délinquant qui a déjà été jugé, condamné et puni contre une peine additionnelle, et ce, même en l’absence d’une deuxième instance. Quant à la paucité de la doctrine sur cette question, il est peut-être temps de procéder à une mise à jour des ouvrages de référence.

[42] Comme j’ai conclu que l’al. 11h) ne fait pas obstacle aux arguments fondés sur la double peine en l’absence d’une deuxième instance, je dois à cette étape déterminer si la situation en l’espèce emporte l’imposition d’une peine.

(2) Que faut-il entendre par la notion de « peine » dans le contexte de l’al. 11h)?

a) *Jurisprudence antérieure à l’arrêt Rodgers*

[43] La notion de ce qui constitue une « peine » dans le contexte de l’al. 11h) a évolué au fil des ans et des dossiers ayant repoussé les limites des vieilles définitions. Il n’a jamais fait l’ombre d’un doute que la protection contre le double péril s’applique aux instances criminelles ou quasi criminelles. Ainsi, une deuxième accusation de nature criminelle ou quasi criminelle à l’égard du même acte met en jeu la protection de l’al. 11h) même si elle n’entraîne que peu de conséquences.

[44] L’arrêt *Wigglesworth* a précisé que la protection contre le double péril s’applique, non seulement aux instances de nature criminelle ou quasi criminelle, mais également aux instances non criminelles qui se soldent par l’imposition de véritables conséquences pénales. Lorsqu’une personne est accusée « d’une affaire privée, domestique ou disciplinaire [. . .] destinée à maintenir la discipline, l’intégrité ou à réglementer une conduite dans une sphère d’activité privée et limitée » (p. 560), l’al. 11h) s’applique s’il est satisfait au critère des véritables conséquences pénales :

À mon avis, une véritable conséquence pénale qui entraînerait l’application de l’art. 11 est l’emprisonnement



which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within the limited sphere of activity.

(*Wigglesworth*, at p. 561, *per* Wilson J.)

[45] In *Wigglesworth*, although the internal disciplinary proceeding against an RCMP officer was neither criminal nor quasi-criminal “in nature”, it was found to involve “true penal consequences” because the possible sanctions included imprisonment for up to one year. In *Shublely*, applying the same test, the Court found that a sanction imposed in an internal prison disciplinary proceeding — close confinement for a period of five days on a special diet — fell short of “true penal consequences”, in part because the possible sanctions involved neither fines nor imprisonment: “Confined as they are to the manner in which the inmate serves his time, and involving neither punitive fines nor a sentence of imprisonment, they appear to be entirely commensurate with the goal of fostering internal prison discipline and are not of a magnitude or consequence that would be expected for redressing wrongs done to society at large” (p. 23, *per* McLachlin J.).

[46] In *Rodgers*, the Court took the opportunity to revisit the definition of “punishment” it had articulated in *Wigglesworth* and *Shublely*. The question was whether compelling an offender to submit to the taking of a DNA sample under legislation that had not existed at the time of his or her conviction constituted double punishment. Charron J. accepted that imprisonment and heavy fines constitute “true penal consequences”, but reasoned that “punishment” is not limited to these two types of sanctions. She set out to identify features characteristic of punitive sanctions that could be used to determine whether a given sanction that is less severe than imprisonment or a heavy fine nevertheless constitutes punishment. She mentioned various orders a sentencing court might make, such as an order for

ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l’intérieur d’une sphère d’activité limitée.

(*Wigglesworth*, p. 561, la juge Wilson)

[45] Dans l’affaire *Wigglesworth*, la procédure interne de discipline entreprise contre un membre de la Gendarmerie royale du Canada ne constituait pas une instance « de nature » criminelle ou quasi criminelle. La Cour a décidé qu’elle comportait l’imposition de « véritables conséquences pénales », parce qu’une peine d’emprisonnement d’une durée maximale d’un an comptait parmi les sanctions possibles. Dans l’arrêt *Shublely*, la Cour a appliqué le même critère et a conclu qu’une sanction imposée à l’issue d’une instance disciplinaire de l’établissement carcéral — l’isolement cellulaire pendant cinq jours à un régime alimentaire particulier — n’équivaut pas à de « véritables conséquences pénales », notamment parce que l’imposition d’une amende ou l’emprisonnement ne comptaient pas parmi les sanctions possibles : « Puisqu’elles sont limitées à la façon dont le détenu doit purger sa peine et qu’elles ne comportent ni amende, ni peine d’emprisonnement, ces sanctions paraissent tout à fait proportionnées à l’objectif de promouvoir le respect de la discipline interne dans les prisons et elles n’ont ni l’ampleur ni les conséquences auxquelles on s’attendrait pour ce qui est de réparer les torts causés à la société en général » (p. 23, la juge McLachlin).

[46] Dans l’arrêt *Rodgers*, la Cour réexamine la définition du mot « peine » qu’elle avait élaborée dans les arrêts *Wigglesworth* et *Shublely*. Il s’agissait de savoir si le fait d’ordonner à un délinquant de se soumettre au prélèvement d’un échantillon de substances corporelles pour analyse génétique en vertu d’une disposition qui n’existait pas à l’époque de sa condamnation constituait une double peine. La juge Charron reconnaît certes que l’incarcération et une forte amende constituent de « véritables conséquences pénales », mais conclut qu’une « peine » ne se limite pas à ces deux types de sanctions. Elle énumère des éléments propres aux sanctions punitives permettant de déterminer si une sanction donnée, quoique moins pénible que l’incarcération ou une forte amende, constitue néanmoins une peine et mentionne diverses

forfeiture, a firearm prohibition, a driving prohibition or an order for restitution.

[47] The two-part definition of punishment articulated by Charron J. in *Rodgers*, and relied upon in the instant case by the courts below and by the parties, is the following:

As a general rule, it seems to me that the consequence will constitute a punishment when it forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence and the sanction is one imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing. [para. 63]

Turning to the case before her, Charron J. found that a DNA order is no more a part of the arsenal of criminal sanctions than the taking of a photograph or fingerprints. It does not on its own attach a stigma to the offender, and while it may have a deterrent effect, not all deterrent measures can be characterized as punishment. By way of example, Charron J. cites random traffic stops to check for alcohol consumption, which hopefully deter people from drinking and driving but are not punishment.

(b) *Inapplicability of the Rodgers Test to Retrospective Changes to Parole Eligibility*

[48] In my view, the case at bar once again pushes the limits of the “punishment” concept, requiring us to revisit the principles that define the scope of s. 11(h). Whereas in *Wigglesworth* the Court established that non-criminal proceedings may engage s. 11(h) if they result in true penal consequences, and in *Rodgers* it articulated a test for determining whether a given consequence or sanction constitutes punishment, the question in the instant case eludes both tests.

ordonnances que le tribunal chargé de la peine est susceptible de prononcer, telle la confiscation, l’interdiction de possession d’une arme à feu, l’interdiction de conduite automobile ou la restitution.

[47] La définition en deux volets d’une peine qu’établit la juge Charron dans l’arrêt *Rodgers* et appliquée par les tribunaux de juridiction inférieure et les parties en l’espèce est ainsi rédigée :

En règle générale, il me semble que la conséquence constitue une peine lorsqu’elle fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et qu’elle est conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine. [par. 63]

À la lumière des faits au dossier, la juge Charron conclut que l’ordonnance visant le prélèvement d’échantillons de substances corporelles pour analyse génétique ne fait pas plus partie de l’arsenal des sanctions criminelles possibles que la prise de photographies ou des empreintes digitales. À elle seule, une telle ordonnance ne stigmatise pas le délinquant, et bien qu’elle puisse avoir un effet dissuasif, ce ne sont pas toutes les mesures de dissuasion qui peuvent être qualifiées de « peine ». La juge Charron donne l’exemple des contrôles routiers inopinés visant à vérifier l’alcoolémie des conducteurs, qui ont pour conséquence, espère-t-on, de dissuader la conduite en état d’ébriété, mais qui ne sont pas pour autant des peines.

b) *L’inapplicabilité du critère établi dans l’arrêt Rodgers aux modifications rétrospectives apportées à l’admissibilité à la libération conditionnelle*

[48] À mon avis, en l’espèce, le concept de « peine », tel qu’il était défini à ce jour, est de nouveau remis en question, et nous sommes appelés à réexaminer les principes qui définissent la portée de l’al. 11h). Dans *Wigglesworth*, la Cour conclut qu’une instance non criminelle qui comporte de véritables conséquences pénales enclenche le mécanisme de l’al. 11h), et, dans *Rodgers*, elle établit un critère permettant de déterminer si une conséquence ou une sanction en particulier constitue une peine, mais la question qui nous est soumise en l’espèce déborde le cadre de ces deux critères.

[49] Rather than requiring us to determine whether a discrete sanction is punitive in nature, this case requires us to determine whether retrospective changes to parole eligibility, which modify the manner in which an existing sanction is carried out, constitute punishment. The alleged punishment is neither a second proceeding nor a “sanction” in the sense contemplated in *Rodgers*. Rather, the offender’s expectations about the original punishment or sanction have been frustrated and this is said to constitute new punishment.

[50] The following makes clear that the two-part *Rodgers* test cannot apply to determine whether retrospective changes to parole eligibility constitute punishment. In the first branch of the *Rodgers* test, “punishment” is defined by referring to the traditional forms of punishment provided for in the *Criminal Code*, in which “[t]he words ‘sentence’ and ‘sanction’ are . . . used interchangeably” (para. 62). The function of this branch of the test is to enable courts to determine whether other types of sanctions — such as a DNA order or a driving prohibition — share the characteristics of punitive sanctions and thus constitute “punishment”. Since “a grant of parole represents a change in the conditions under which a judicial sentence must be served, rather than a reduction of the judicial sentence itself” (*R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 62 (emphasis deleted)), changes to the parole system do not generally form part of the “arsenal of sanctions” contemplated in *Rodgers*.

[51] On the other hand, a retrospective change to parole eligibility may have the effect of extending an offender’s term of incarceration. Incarceration is “the most severe deprivation of liberty known to our law” (*Wigglesworth*, at p. 562), and the most obvious example of punishment in the “arsenal of sanctions” available under the *Criminal Code*.

[49] En l’espèce, nous devons déterminer, non pas si une sanction donnée est de nature punitive, mais si les changements apportés rétrospectivement aux conditions d’admissibilité à la libération conditionnelle, qui modifient l’application d’une sanction infligée préalablement, emportent l’imposition d’une peine. La peine alléguée ne découle pas d’une deuxième instance, ni ne constitue une « sanction » au sens où ce terme est défini dans l’arrêt *Rodgers*. Or, ce sont les attentes des délinquants à propos de la peine ou de la sanction initiale qui ont été trompées, et c’est cette situation qui selon eux a l’effet d’une nouvelle peine.

[50] Il ressort à l’évidence de ce qui suit que l’application du critère à deux volets établi dans l’arrêt *Rodgers* ne permet pas de décider si les changements apportés rétrospectivement à l’admissibilité à la libération conditionnelle emportent l’imposition d’une peine. D’une part, la notion de « peine » est définie en fonction des formes traditionnelles de peines prévues au *Code criminel*, dans lequel « les mots “peine”, “punition” et “sanction” sont interchangeables » (par. 62). Ce volet du critère a pour fonction de permettre aux tribunaux de déterminer si d’autres types de sanction, comme l’ordonnance visant le prélèvement d’échantillons de substances corporelles pour analyse génétique ou l’interdiction de conduite automobile, présentent les caractéristiques propres aux sanctions punitives et constituent en conséquence des « peines ». Puisque « l’octroi de la libération conditionnelle représente une modification des conditions aux termes desquelles la peine imposée par le tribunal doit être purgée plutôt qu’une réduction de la peine elle-même » (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 62 (soulignement omis)), les changements apportés rétrospectivement au système de libération conditionnelle ne font généralement pas partie « [de l’arsenal] des sanctions » envisagées dans l’arrêt *Rodgers*.

[51] D’autre part, la modification rétrospective de l’admissibilité à la libération conditionnelle risque de prolonger la période d’incarcération que doit purger un délinquant. L’incarcération constitue « la privation de liberté la plus grave dans notre droit » (*Wigglesworth*, p. 562), et l’exemple le plus évident d’une peine faisant partie « [de l’arsenal] des sanctions » prévues

Incarceration and heavy fines are the benchmark sanctions against which other, less severe sanctions are assessed under the *Rodgers* test. That incarceration constitutes “punishment” is a core underlying assumption of the *Rodgers* test.

[52] In short, when applied in this context, the *Rodgers* test is overly formalistic, as the “arsenal of sanctions” test would exclude most changes to parole eligibility, whereas even marginal increases in the likelihood of additional incarceration easily meet the test. The problem is that the *Rodgers* test does not assist in identifying situations in which, from a functional rather than a formalistic perspective, the harshness of punishment has been increased. The *Rodgers* test was designed for a different purpose, namely to determine whether a discrete sanction — one that does not modify the original sanction — has the characteristics of a criminal sanction, and thus constitutes “punishment”.

[53] The second branch of the *Rodgers* test — whether the sanction furthers the purpose and principles of sentencing — is also an awkward fit in this situation. For instance, rehabilitation and reintegration are principles applied in parole administration, but they are also sentencing principles. It would seem that all retrospective changes to parole eligibility could therefore be said to further the purpose and principles of sentencing, though it is clear to me that not all such changes would be punitive.

(c) *Retrospective Punishment and Double Jeopardy Under Section 11(h)*

[54] In the cases leading up to *Rodgers* and in *Rodgers* itself, the Court identified two types of situations in which the rule against double jeopardy set out in s. 11(h) may be violated, but the case at

au *Code criminel*. La peine carcérale et les fortes amendes représentent l’aune à laquelle les sanctions moins graves doivent être mesurées suivant le critère établi dans l’arrêt *Rodgers*. Le principe voulant que l’incarcération constitue une « peine » est l’une des principales assises de ce critère.

[52] Bref, le critère établi dans l’arrêt *Rodgers*, lorsqu’il est appliqué dans le présent contexte, se révèle trop formaliste, puisque suivant le premier volet, celui « des sanctions dont est passible un accusé », la plupart des modifications aux critères d’admissibilité à la libération conditionnelle seraient exclues, alors que même la plus infime augmentation de la probabilité que l’incarcération soit prolongée suffit pour satisfaire au critère. Malheureusement, le critère établi dans l’arrêt *Rodgers* ne permet pas de cerner les situations où une mesure a pour effet d’aggraver la peine sur le plan, sinon formel, du moins fonctionnel. Ce critère avait été établi à une tout autre fin, c’est-à-dire celle de déterminer si une sanction donnée — qui ne modifie pas la peine originale — possède les caractéristiques propres à une sanction criminelle et constitue de ce fait une « peine ».

[53] Le second volet du critère établi dans l’arrêt *Rodgers* — qui permet de déterminer si une sanction est conforme à l’objectif et aux principes du prononcé des peines — ne sied pas non plus à la présente situation. À titre d’exemple, les principes de réadaptation et de réinsertion sociale s’appliquent non seulement à la gestion de la libération conditionnelle, mais également au prononcé des peines. Force est de constater que tous les changements apportés rétrospectivement à l’admissibilité à la libération conditionnelle pourraient favoriser la réalisation de l’objectif et des principes du prononcé des peines, mais il ne fait aucun doute à mon avis que tous ne sont pas forcément punitifs.

(c) *Peine rétrospective et double péril interdits par l’al. 11h)*

[54] Dans les affaires antérieures à l’arrêt *Rodgers* et dans ce dernier, la Cour énumère deux types de situations dans lesquelles la règle interdisant le double péril énoncée à l’al. 11h) peut être violée,

bar introduces a third. In my view, where an offender has been finally acquitted of, or finally found guilty and punished for, an offence, s. 11(h) precludes the following further state actions in relation to the same offence:

- (a) a proceeding that is criminal or quasi-criminal in nature (being “tried . . . again”);
- (b) an additional sanction or consequence that meets the two-part *Rodgers* test for punishment (being “punished . . . again”) in that it is similar in nature to the types of sanctions available under the *Criminal Code* and is imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing; and
- (c) retrospective changes to the conditions of the original sanction which have the effect of adding to the offender’s punishment (being “punished . . . again”).

The case at bar concerns the third of these types of double punishment under s. 11(h). It is not the repeal of the APR provisions that is alleged to be unconstitutional, but the retrospective application of that repeal, which altered the parole expectations of offenders who had already been sentenced.

[55] Before discussing the scope of double punishment in this context, I should comment briefly on the relationship between retrospective punishment and double jeopardy in the *Charter* context. In addition to the common law presumption against retroactivity, there are principles of non-retroactivity specific to the criminal law that are enshrined in the *Charter*. The clearest provision in this regard is s. 11(g), which protects against retroactive criminal laws. As Peter Hogg writes, “[a]part from s. 11(g), Canadian constitutional law contains no prohibition of retroactive (or ex post facto) laws” (p. 51-33). Section 11(i), although less explicitly concerned with retroactivity, protects against increases in punishment between the time of commission of the crime and the time of sentencing. Both these provisions express society’s repudiation of retroactive punishment, broadly defined —

mais la présente espèce en propose un troisième. À mon avis, dans le cas où un délinquant a été définitivement acquitté d’une infraction, ou déclaré coupable et puni pour cette dernière, l’al. 11h) s’applique pour faire obstacle aux actes suivants de l’État relativement à cette infraction :

- a) une instance de nature criminelle ou quasi criminelle (être « jugé de nouveau »);
- b) une sanction ou une conséquence supplémentaire qui satisfait au critère à deux volets établi dans l’arrêt *Rodgers* en matière de peine (être « puni de nouveau »), c’est-à-dire qui est semblable aux types de sanctions que prévoit le *Code criminel* et qui est infligée pour réaliser l’objectif et les principes de détermination de la peine;
- c) des changements apportés rétrospectivement aux conditions de la sanction originale ayant pour effet d’aggraver la peine du délinquant (être « puni de nouveau »).

Le présent pourvoi porte sur le troisième type de double peine interdit par l’al. 11h). Ce n’est pas la constitutionnalité de l’abrogation des dispositions établissant la PEE qui est contestée en l’espèce, mais celle de son application rétrospective, qui a modifié l’attente en matière de libération conditionnelle des délinquants déjà condamnés et punis.

[55] Avant d’analyser la teneur de la double peine dans ce contexte, quelques commentaires s’imposent sur les rapports entre une peine rétrospective et le double péril dans le contexte de la *Charte*. Outre la présomption de non-rétroactivité en common law, certains principes de non-rétroactivité en matière criminelle sont consacrés dans la *Charte*. À ce sujet, la disposition la plus claire est l’al. 11g), qui offre une protection contre l’application rétroactive des lois en matière criminelle. Pour reprendre les propos de Peter Hogg : [TRADUCTION] « Sous réserve de l’al. 11g), le droit constitutionnel canadien n’interdit pas la rétroactivité (ex post facto) des lois » (p. 51-33). L’alinéa 11i) concerne la rétroactivité, quoiqu’il soit libellé en des termes moins explicites à cet égard que la disposition précédente, et assure une protection contre l’aggravation de la peine intervenue entre le moment de la perpétration

of retroactive legislation establishing a criminal offence in the case of s. 11(g), and of retroactive legislation under which a harsher penalty would apply to an offence committed before its enactment in the case of s. 11(i).

[56] Section 11(h) is not expressly concerned with retroactivity. Its purpose is to protect against double jeopardy, namely the trial or punishment of an accused for an offence he or she has already been acquitted of or found guilty and punished for. In many, if not most, situations in which s. 11(h) applies, retroactive punishment will not be in issue. For instance, the issue in the early cases on s. 11(h) was whether a person who had already been sanctioned in a non-criminal proceeding could subsequently be charged for the same act under the *Criminal Code*. The offences in question existed at the time the acts were committed. However, as I explained above, s. 11(h) may be engaged where no duplication of proceedings has occurred. Retrospective modification of the parole system after an offender was sentenced may have the effect of increasing the offender's punishment, thereby engaging s. 11(h). A legislative change that is not in itself punitive can acquire a punitive character by being applied retrospectively.

- (d) *What Retrospective Changes to the Conditions of a Sentence Constitute Double Punishment?*

[57] Generally speaking, offenders have constitutionally protected expectations as to the duration, but not the conditions, of their sentences. Various changes in the management of an offender's parole are not punitive, even though they may engage the offender's liberty interest by marginally increasing the likelihood of additional incarceration. McLachlin J. (as she then was) held as follows in *Cunningham*:

du crime et le moment de la sentence. Ces deux dispositions témoignent de l'aversion de la société pour les peines rétroactives, dans un sens large — pour la loi rétroactive qui crée une infraction criminelle, dans le cas de l'al. 11g), et pour la loi rétroactive en vertu de laquelle une peine alourdie s'appliquerait à l'infraction commise avant son adoption, dans le cas de l'al. 11i).

[56] L'alinéa 11h) ne concerne pas expressément la rétroactivité. Il a pour objet d'offrir une protection contre le double péril, c'est-à-dire le fait de juger ou de punir un accusé pour une infraction dont il a déjà été acquitté ou déclaré coupable et puni. Dans de nombreuses situations faisant intervenir l'al. 11h) — sinon dans la plupart d'entre elles —, le débat ne porte pas sur une peine rétroactive. À titre d'exemple, dans les premières affaires interpellant l'al. 11h), la question était celle de savoir si une personne sanctionnée à l'issue d'une instance non criminelle pouvait être accusée en vertu du *Code criminel* pour le même acte. Au moment où les actes avaient été commis, les infractions pertinentes existaient déjà. Or, comme je l'explique précédemment, il se peut que l'al. 11h) s'applique en l'absence d'une nouvelle instance. La modification rétrospective du système de libération conditionnelle, ultérieure à la condamnation du délinquant, peut aggraver la peine de ce dernier, ce qui fait intervenir la protection de l'al. 11h). La modification législative qui n'est pas punitive à proprement parler peut le devenir si elle est appliquée rétrospectivement.

- d) *Quels changements apportés rétrospectivement aux conditions de la peine emportent une double peine?*

[57] En règle générale, l'attente des délinquants quant à la durée de leur peine, mais non quant à leurs conditions, est protégée sur le plan constitutionnel. Divers changements apportés à la gestion de la libération conditionnelle ne sont pas de nature punitive, même s'ils mettent en jeu le droit à la liberté du délinquant en augmentant un tant soit peu la probabilité d'une incarcération prolongée. À ce sujet, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) tient, dans l'arrêt *Cunningham*, les propos suivants :

The *Charter* does not protect against insignificant or “trivial” limitations of rights . . . . It follows that qualification of a prisoner’s expectation of liberty does not necessarily bring the matter within the purview of s. 7 of the *Charter*. The qualification must be significant enough to warrant constitutional protection. To require that all changes to the manner in which a sentence is served be in accordance with the principles of fundamental justice would trivialize the protections under the *Charter*. To quote Lamer J. in *Dumas* [*v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459], at p. 464, there must be a “substantial change in conditions amounting to a further deprivation of liberty”. [p. 151]

[58] The requirement of a “substantial change in conditions amounting to a further deprivation of liberty” was articulated in the context of s. 7, and I will not import it into that of s. 11(*h*), the purpose of which is distinct. Retrospective changes to the parole system that engage a liberty interest under s. 7 will not necessarily constitute punishment for the purposes of s. 11(*h*). However, certain of the conclusions reached in *Cunningham* do apply to my analysis under s. 11(*h*). First of all, the Court recognized that an offender has an expectation of liberty that is based on the parole system in place at the time of his or her sentencing, and that thwarting that expectation may engage a constitutionally protected liberty interest. Changes to the parole system that add retrospectively to the offender’s incarceration may violate s. 7 even if they do not affect the sentence itself. As McLachlin J. put it in *Cunningham*: “One has ‘more’ liberty, or a better quality of liberty, when one is serving time on mandatory supervision than when one is serving time in prison” (p. 150).

[59] This being said, the Court recognized in *Cunningham* that not all expectations of liberty in the parole context are constitutionally protected. Even where a change to the conditions of a sentence

La *Charte* n’assure pas une protection contre les restrictions insignifiantes ou « négligeables » à l’égard des droits [. . .] Il en découle que la restriction de l’attente d’un détenu en matière de liberté ne fait pas nécessairement intervenir l’application de l’art. 7 de la *Charte*. La restriction doit être suffisamment importante pour justifier une protection constitutionnelle. Exiger que toutes les modifications apportées à la manière dont une peine est purgée soient conformes aux principes de justice fondamentale aurait pour effet de banaliser les protections conférées par la *Charte*. Selon le juge Lamer dans l’arrêt *Dumas* [*c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459], à la p. 464, il doit y avoir une « modification importante des conditions d’incarcération qui équivaut à une nouvelle privation de liberté ». [p. 151]

[58] L’exigence d’une « modification importante des conditions d’incarcération qui équivaut à une nouvelle privation de liberté » a été établie dans le contexte de l’art. 7 et il n’y a pas lieu de l’insérer dans l’étude de l’al. 11(*h*), dont l’objet est distinct. Les changements apportés rétrospectivement au système de libération conditionnelle qui font intervenir le droit à la liberté garanti à l’art. 7 n’emportent pas forcément l’imposition d’une peine pour l’application de l’al. 11(*h*). Cependant, certaines des conclusions de la Cour dans l’arrêt *Cunningham* s’appliquent à l’analyse entreprise relativement à l’al. 11(*h*). Premièrement, la Cour reconnaît que les délinquants ont des attentes de liberté qui sont fonction du système de libération conditionnelle en place au moment où ils ont été condamnés et que modifier ces attentes risque de mettre en jeu le droit à la liberté protégé par la Constitution. Il est possible que les changements apportés au système de libération conditionnelle qui ont pour effet de prolonger rétrospectivement la période d’incarcération d’un délinquant enfreignent l’art. 7 même s’ils ne modifient pas la peine elle-même. Pour reprendre les propos tenus par la juge McLachlin dans *Cunningham* : « Une personne jouit de “plus” de liberté ou d’une meilleure qualité de liberté, lorsqu’elle purge sa peine en liberté surveillée plutôt qu’en prison » (p. 150).

[59] Cela dit, la Cour a reconnu dans l’arrêt *Cunningham* que toutes les attentes en matière de liberté dans le contexte de la libération conditionnelle ne sont pas protégées sur le plan

engages a liberty interest under s. 7, it may nonetheless be consistent with the principles of fundamental justice. Some line drawing becomes necessary. In my view, this same basic point applies to a retrospective change that constitutes double punishment in the s. 11(h) context. Some retrospective changes to the parole system affect the expectation of liberty of an offender who has already been sentenced to such an extent that they amount to new punishment, while other changes have a more limited impact and do not trigger *Charter* protection.

[60] I will not articulate a formula that would apply to every case, because such a formula is not needed to resolve this appeal and the effect of every retrospective change will be context-specific. That said, the dominant consideration in each case will in my view be the extent to which an offender's settled expectation of liberty has been thwarted by retrospective legislative action. It is the retrospective frustration of an expectation of liberty that constitutes punishment. At one extreme, a retrospective change to the rules governing parole eligibility that has the effect of automatically lengthening the offender's period of incarceration constitutes additional punishment contrary to s. 11(h) of the *Charter*. A change that so categorically thwarts the expectation of liberty of an offender who has already been sentenced qualifies as one of the clearest of cases of a retrospective change that constitutes double punishment in the context of s. 11(h).

[61] I reach this conclusion on the basis of many of the reasons cited by the courts below and advanced by the respondents. Although a sentencing judge is not to consider parole eligibility in assessing the fitness of the sentence (*Zinck*, at para. 18), the punitive effect of delayed parole eligibility is expressly recognized in the *Criminal Code*, which empowers a sentencing judge to consider delayed parole eligibility to be part of the sentence in certain circumstances. For example,

constitutionnel. Même une modification aux conditions de la peine qui met en jeu le droit à la liberté garanti par l'art. 7 peut être conforme aux principes de justice fondamentale. Des précisions s'imposent. À mon avis, le même raisonnement essentiel s'applique à la modification rétrospective qui emporte une double peine dans le contexte de l'al. 11h). Certains changements apportés rétrospectivement au système de libération conditionnelle trompent les attentes en matière de liberté d'un délinquant ayant déjà reçu sa peine, et ce dans une telle mesure qu'ils créent une nouvelle peine, alors que dans d'autres circonstances, ils ont une incidence limitée, qui ne fait pas intervenir la protection garantie par la *Charte*.

[60] Je m'abstiendrai d'énoncer une formule universelle, car une telle formule n'est pas nécessaire pour trancher le présent pourvoi, et l'effet des divers changements rétrospectifs dépend du contexte de chaque dossier. Cela dit, à mon avis, la principale considération dans chaque cas sera la mesure selon laquelle l'attente légitime en matière de liberté aura été trompée par l'action législative rétrospective. La peine se cristallise par l'effet rétrospectif de l'atteinte aux attentes légitimes de liberté. D'une part, le changement apporté rétrospectivement aux règles régissant l'admissibilité à la libération conditionnelle qui a pour effet de prolonger automatiquement l'incarcération du délinquant emporte une peine supplémentaire, contrairement à l'al. 11h) de la *Charte*. Un changement qui trompe si catégoriquement l'attente en matière de liberté d'un délinquant qui a déjà été condamné et puni représente l'un des cas les plus manifestes d'un changement rétrospectif qui emporte une double peine dans le contexte de l'al. 11h).

[61] J'en arrive à cette conclusion pour plusieurs des motifs énoncés par les tribunaux de juridiction inférieure et invoqués par les intimés. Bien que le juge qui détermine la peine ne doive pas tenir compte des conditions d'admissibilité à la libération conditionnelle dans l'évaluation de la peine juste et équitable (*Zinck*, par. 18), l'effet punitif de l'augmentation du temps d'épreuve avant la libération conditionnelle est reconnu expressément dans le *Code criminel*, qui autorise le



s. 743.6(1) empowers a court to impose delayed parole eligibility for the purpose of denunciation or of specific or general deterrence. Furthermore, a sentencing judge may increase the parole ineligibility period of an offender convicted of second degree murder (*Chaisson*, at para. 12). The Court said the following in this regard in *R. v. Wust*, 2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455, at para. 24:

Rarely is the sentencing court concerned with what happens after the sentence is imposed, that is, in the administration of the sentence. Sometimes it is required to do so by addressing, by way of recommendation, or in mandatory terms, a particular form of treatment for the offender. For instance in murder cases, the sentencing court will determine a fixed term of parole ineligibility: s. 745.4 of the Code. [Emphasis added.]

In *Shropshire*, Iacobucci J. noted that the duration of parole ineligibility is the only difference in terms of punishment between first and second degree murder, which “clearly indicates that parole ineligibility is part of the ‘punishment’ and thereby forms an important element of sentencing policy” (para. 23).

[62] The fact that delayed parole eligibility can be imposed in the sentencing process confirms my view that retrospectively imposing delayed parole eligibility on offenders who have already been sentenced constitutes punishment. Where Parliament imposes through retrospective legislation a consequence that sentencing judges may themselves impose for the purpose of punishment, the s. 11(h) protection against double punishment applies.

[63] Whether less drastic retrospective changes to parole constitute double punishment will depend on the circumstances of the particular case. Generally speaking, a retrospective change to the

juge qui prononce la peine à augmenter le temps d'épreuve, dans certaines circonstances. À titre d'exemple, le par. 743.6(1) autorise le tribunal à retarder la libération conditionnelle pour des raisons de dénonciation ou de dissuasion individuelle ou générale. En outre, le juge qui prononce la peine peut accroître la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle d'un délinquant reconnu coupable de meurtre au deuxième degré (*Chaisson*, par. 12). À ce sujet, la Cour tient les propos suivants dans *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455, par. 24 :

Le tribunal qui détermine la peine est rarement concerné par ce qui se produit après le prononcé de la peine, c'est-à-dire par l'exécution de la peine. Par contre, il doit parfois s'attacher à cet aspect de la question lorsqu'il recommande ou impose une forme particulière de traitement au délinquant. Dans les affaires de meurtre, par exemple, le tribunal qui détermine la peine fixe le délai préalable à la libération conditionnelle du contrevenant : art. 745.4 du Code. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Shropshire*, le juge Iacobucci précise que la seule différence sur le plan du châtement entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré réside dans la durée de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle, ce qui « indique clairement que l'inadmissibilité à la libération conditionnelle fait partie du “châtiment” et est donc un élément important de la politique en matière de détermination de la peine » (par. 23).

[62] Le fait que l'augmentation du temps d'épreuve peut être imposée au moment du prononcé de la peine confirme ma conclusion selon laquelle l'imposition rétrospective de délais additionnels avant la libération conditionnelle à un délinquant déjà condamné constitue une peine. Si le législateur impose, par une loi à effet rétrospectif, une conséquence qui fait partie de celles que le juge qui détermine la peine peut infliger à des fins de punition, alors la protection contre la double peine garantie par l'al. 11h) doit s'appliquer.

[63] La réponse à la question de savoir si des changements moins draconiens apportés rétrospectivement au régime de libération conditionnelle emportent une double peine dépendra des

conditions of a sentence will not be considered punitive if it does not substantially increase the risk of additional incarceration. Indicators of a lower risk of additional incarceration include a process in which individualized decision making focused on the offender's circumstances continues to prevail and procedural rights continue to be guaranteed in the determination of parole eligibility. Though I caution against directly importing principles drawn from the s. 7 jurisprudence into this context, the replacement of an automatic release system with a discretionary release system was found to be constitutional in *Cunningham* owing in part to various procedural safeguards, including a hearing and the entitlement to counsel. While s. 11(h) is not directly concerned with procedural safeguards, the presence or absence of such safeguards is relevant in considering the likelihood of the punishment's severity being increased. As I mentioned above, the dominant consideration will be the extent to which the offender's settled expectation of liberty has been thwarted. A change that directly results in an extension of the period of incarceration without regard to the offender's individual circumstances and without procedural safeguards in the assessment process will clearly violate s. 11(h).

- (3) Does Section 10(1) of the *AEPA* Violate Section 11(h) of the *Charter* in Its Purpose or in Its Effect?

[64] A law may violate the *Charter* in its purpose or in its effect: "If the legislation fails the purpose test, there is no need to consider further its effects, since it has already been demonstrated to be invalid" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 334). In determining whether s. 10(1) of the *AEPA* is compatible with s. 11(h) of the *Charter*, both the trial judge and the Court of Appeal considered the purpose of the law first, followed by its effect. The trial judge held that s. 10(1) of the *AEPA* violates the *Charter* in both its purpose and its effect, whereas the Court of Appeal

circumstances de chaque affaire. En règle générale, un changement rétrospectif aux conditions de la peine n'est pas punitif s'il n'augmente pas considérablement le risque d'une incarcération prolongée. Une procédure prévoyant une prise de décisions reposant sur la situation particulière du délinquant et le respect des droits procéduraux dans le calcul du temps d'épreuve sont des indices d'un faible risque d'une incarcération prolongée. Quoique je fasse une mise en garde contre la transposition automatique dans le présent contexte des principes tirés de la jurisprudence relative à l'art. 7, dans l'arrêt *Cunningham*, la Cour a décidé que la substitution d'un système de mise en liberté discrétionnaire à un système de mise en liberté d'office était constitutionnelle, en partie en raison du respect de diverses garanties procédurales, comme le droit d'être entendu et le droit à l'avocat. Bien que l'al. 11h) ne concerne pas directement les garanties procédurales, la présence ou l'absence de ces dernières dans la procédure contestée est pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer s'il est probable que la peine soit alourdie. Comme je l'ai souligné précédemment, la principale considération est la mesure dans laquelle l'attente légitime en matière de liberté du délinquant a été trompée. Un changement qui entraîne directement une prolongation de l'incarcération sans égard à la situation du délinquant et qui ne prévoit pas l'application de garantie procédurale à la procédure d'examen contrevient manifestement à l'al. 11h).

- (3) Le par. 10(1) de la *LALAC* contrevient-il, par son objet ou son effet, à l'al. 11h) de la *Charte*?

[64] Il se peut qu'une loi contrevienne à la *Charte* par son objet ou par son effet : « Si [une loi] ne satisfait pas au critère de l'objet, il n'est pas nécessaire d'étudier davantage ses effets parce que son invalidité est dès lors prouvée » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 334). Pour déterminer si le par. 10(1) de la *LALAC* est conforme à l'al. 11h) de la *Charte*, la juge de première instance et la Cour d'appel ont examiné tout d'abord l'objet de la loi, puis son effet. La juge de première instance a conclu que le par. 10(1) de la *LALAC* contrevient à la *Charte* par son objet et

declined, because the effect of s. 10(1) renders it unconstitutional, to rule on the constitutionality of its purpose. I agree with the Court of Appeal, but for different reasons, that s. 10(1) violates the *Charter* in its effect.

(a) *Purpose of Section 10(1) of the AEPA*

[65] First of all, the overall purpose of the *AEPA* is not at issue. I agree with the Court of Appeal, which found that there is no serious dispute about the validity of that purpose:

The Attorney General points to evidence it provided at trial that supports repealing APR to enhance the purposes and principles of parole regimes: rehabilitating and successfully reintegrating offenders by shifting away from presumptive release to normal parole; maintaining public safety and reducing recidivism; shifting the focus of parole review from offence-based presumptive release to parole consideration based on the circumstances of the offender; and maintaining or restoring confidence in the administration of justice by ensuring sentences as administered reflect the sentences courts impose. These purposes are entirely within the constitutional powers of the government, and the respondents take no issue with the *AEPA* on that basis. [para. 54]

In other words, the purposes served by limiting the parole eligibility of *all* offenders are within the prerogative of Parliament and, in any event, are not at issue in this case. What is at issue is Parliament's decision to make the repeal apply retrospectively, by means of s. 10(1) of the *AEPA*, to offenders who had already been sentenced. What is the purpose of this retrospective application?

[66] The foregoing discussion leads me to conclude that where legislation makes retrospective changes to parole eligibility, it will violate s. 11(*h*) if its purpose is to prolong the offender's period of incarceration. The Crown submits that Parliament's

par son effet, tandis que la Cour d'appel a refusé de statuer sur la constitutionnalité de l'objet de cette disposition parce que son effet en soi la rendait inconstitutionnelle. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le par. 10(1) contrevient à la *Charte* par son effet, mais pour des motifs différents.

a) *Objet du par. 10(1) de la LALAC*

[65] Premièrement, l'objet général de la *LALAC* n'est pas remis en cause. Je partage l'avis de la Cour d'appel, qui a conclu que la validité de l'objet de la loi n'était pas sérieusement contestée :

[TRADUCTION] Le procureur général invoque des éléments de preuve qu'il a présentés au procès qui étaient la proposition selon laquelle l'abolition de la PEE sert les objets et les principes sur lesquels reposent les régimes de libération conditionnelle : favoriser la réadaptation et la réinsertion des délinquants en passant de la mise en liberté à une date prédéterminée à la procédure normale de libération conditionnelle; assurer la sécurité publique et réduire la récidive; axer l'examen en vue de la libération conditionnelle non pas sur la mise en liberté à une date prédéterminée en fonction de l'infraction perpétrée, mais plutôt sur la situation du délinquant; et maintenir ou rétablir la confiance du public dans l'administration de la justice en veillant à ce que les peines purgées correspondent aux peines imposées par les tribunaux. Ces objets relèvent totalement des pouvoirs constitutionnels conférés au gouvernement. Les intimés ne contestent pas la *LALAC* sur ce point. [par. 54]

Autrement dit, les objets visés par la restriction de l'admissibilité à la libération conditionnelle de *tous* les délinquants relèvent de la prérogative du législateur et ne sont pas en litige en l'espèce. La question en litige concerne la décision du législateur de faire appliquer l'abrogation rétrospectivement, par le truchement du par. 10(1) de la *LALAC*, à des délinquants qui avaient déjà été condamnés et punis. Quel est l'objet visé par cette application rétroactive?

[66] L'analyse qui précède me porte à conclure que, lorsqu'une mesure législative engendre rétrospectivement des changements à l'admissibilité à la libération conditionnelle, elle contrevient à l'al. 11(*h*) si elle a pour objectif de prolonger

decision to have the repeal apply retrospectively was made in furtherance of the goals of rehabilitation, reintegration, public safety and confidence in the administration of justice. These goals were better served by having the repeal apply “immediately and uniformly to all offenders, including those already sentenced but not yet released” (A.F., at para. 84). The respondents contend, and the trial judge so held, that this argument conceals the true purpose of the retrospective application provision. Both they and Holmes J. have cited Hansard to show that retrospective application was meant to serve the purposes of denunciation, deterrence and punishment. These arguments circle around the central question: Was Parliament’s purpose to lengthen the time to be served in jail by offenders who had already been sentenced?

[67] In particular, one Member of Parliament had said that if the repeal was not retroactive, the victims of a notorious crime committed before the repeal “will never have any kind of justice served” (*House of Commons Debates*, vol. 145, No. 131, 3rd Sess., 40th Parl., February 15, 2011, at p. 8205). This strongly suggests that Parliament intended to extend the period of incarceration of offenders who had already been sentenced, which would mean that the purpose of the provision was incompatible with s. 11(h).

[68] Despite some troubling passages from Hansard that are suggestive of an unconstitutional purpose, I accept the Crown’s articulation of Parliament’s purpose for the following reasons. Parole administration is distinct from sentencing. Parliament, responding to criticism of APR, saw fit to adopt a different approach by returning to the normal pre-APR parole rules, and considered it desirable to pursue the objectives underlying those rules in respect of all offenders, including those who had already been sentenced. In light of the formal distinction between sentencing and parole

l’incarcération du délinquant. Le ministère public fait valoir que le législateur, en appliquant rétroactivement l’abrogation, voulait favoriser la réinsertion sociale, la sécurité publique et la confiance du public dans l’administration de la justice. L’abrogation applicable [TRADUCTION] « immédiatement et uniformément à tous les délinquants, y compris ceux qui avaient déjà été condamnés et qui n’avaient pas encore été mis en liberté » (m.a., par. 84) permettait davantage de réaliser ces objectifs. Les intimés soutiennent, comme l’a conclu d’ailleurs la juge de première instance, que cet argument dissimule l’objet véritable de la disposition à application rétroactive. Les intimés et la juge Holmes ont cité des extraits des débats parlementaires pour démontrer que l’application rétrospective visait à favoriser la réalisation des objectifs de dénonciation, de dissuasion et de sanction. Ces arguments s’articulent autour de la question de savoir si le législateur avait plutôt pour objectif d’augmenter le temps d’épreuve des délinquants qui avaient déjà été condamnés.

[67] Plus particulièrement, selon une députée, si l’abrogation ne s’appliquait pas rétroactivement, les victimes d’un crime médiatisé commis avant l’abrogation « n’obtiendraient alors aucune forme de justice » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 131, 3<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., 15 février 2011, p. 8205). Cet énoncé suggère fortement que le législateur avait l’intention de prolonger l’incarcération de délinquants qui avaient déjà été condamnés et punis, ce qui alimenterait la proposition selon laquelle l’objet de la disposition contrevenait à l’al. 11h).

[68] Malgré certains passages troublants des débats parlementaires qui suggèrent que l’objet de la loi était inconstitutionnel, j’accepte pour les motifs qui suivent l’interprétation suggérée par le ministère public de l’intention du législateur. L’administration du régime de libération conditionnelle est distincte du prononcé des peines. En réponse aux critiques portant sur la PEE, le législateur a jugé bon de changer son fusil d’épaule et de revenir aux règles normales régissant la libération conditionnelle qui s’appliquaient avant la PEE. Il a également cru bon d’appliquer à tous les délinquants, y compris ceux

administration, I see nothing *prima facie* unconstitutional about the *purpose* of applying legitimate parole objectives universally to all offenders.

[69] However, the fact that Parliament had legitimate authority to legislate in relation to parole within the framework of the *CCRA* does not shield the legislation in question from constitutional scrutiny with regard to its effect. Parliament's authority to modify the conditions of an existing sentence, which is rooted in the formal distinction between parole administration and sentencing, is limited where the effect of a modification is such that it constitutes punishment.

(b) *Effect of Section 10(1) of the AEPA*

[70] The effect of the retrospective application provision, s. 10(1) of the *AEPA*, was to deprive the three respondents of the possibility of being considered for early day parole, which was an expectation they had had at the time they were sentenced. This amounts to a lengthening of the minimum period of incarceration for persons — like the respondents — who would have qualified for early day parole under the *APR* system.

[71] In my view, s. 10(1) had the effect of punishing the respondents again. It retrospectively imposed a delay in day parole eligibility in relation to offences for which they had already been tried and punished. The effect — extended incarceration — was automatic and without regard to individual circumstances.

[72] This situation is one of the “clearest of cases” discussed above. The imposition of a delay in parole eligibility in this case is analogous to the imposition of delayed parole eligibility by a judge under the *Criminal Code* as part of the sentence. As I mentioned above, Iacobucci J. noted

qui avaient déjà été condamnés, les objectifs qui sous-tendent ces mêmes règles. Compte tenu de la distinction formelle entre le prononcé des peines et l'administration de la libération conditionnelle, je ne vois de prime abord rien d'inconstitutionnel dans l'*objet* qui consiste à appliquer à tous les délinquants les objectifs légitimes véhiculés par la libération conditionnelle.

[69] Or, ce n'est pas parce que le législateur a le pouvoir légitime de légiférer en matière de libération conditionnelle dans le cadre de la *LSCMLSC* que cette mesure législative est à l'abri d'un examen qui vise à en déterminer la constitutionnalité sur le plan de son effet. Le pouvoir du législateur qui l'autorise à modifier les conditions d'une peine déjà prononcée, qui tient à la distinction formelle établie entre l'administration de la libération conditionnelle et le prononcé des peines, est limité si l'effet d'une telle modification est tel qu'il constitue une peine.

b) *L'effet du par. 10(1) de la LALAC*

[70] La disposition d'application rétrospective, à savoir le par. 10(1) de la *LALAC*, a eu pour effet de priver les trois intimés de la possibilité de voir leur dossier examiné en vue d'une semi-liberté anticipée à laquelle ils s'attendaient à l'époque où ils avaient été condamnés et punis. Cette conséquence entraîne une prolongation de la période minimale d'incarcération dans le cas des personnes qui, comme les intimés, auraient été admissibles à la semi-liberté anticipée sous le régime de la *PEE*.

[71] À mon avis, le par. 10(1) a eu pour effet de punir les intimés de nouveau. Son application a retardé rétrospectivement leur admissibilité à la semi-liberté à l'égard d'infractions dont ils avaient été définitivement déclarés coupables et punis. Leur incarcération était prolongée automatiquement sans égard à leur situation individuelle.

[72] La présente affaire participe des « cas les plus manifestes » pour reprendre l'expression employée précédemment. En l'espèce, l'augmentation du temps d'épreuve pour la libération conditionnelle est analogue à l'augmentation du temps d'épreuve pour la libération conditionnelle ordonnée par un

in *Shropshire* that the imposition of such a delay “clearly indicates that parole ineligibility is part of the ‘punishment’” (para. 23). Imposing this same consequence by means of retrospective legislation triggers the protection against double punishment set out in s. 11(h).

[73] My conclusion is not altered by the fact that the extension of parole ineligibility was imposed by means of legislation in the context of the *CCRA*, which concerns, *inter alia*, sentence administration, as opposed to being judicially imposed under the *Criminal Code*. This formal distinction does not change the basic point that, from a functional perspective, the new period of parole ineligibility thwarted the expectations of liberty of offenders who had already been “tried or punished” for their offences and resulted in harsher penalties than they would have received under the legislation that was in force at the time of their sentencing. Nor does the fact that the legislation extending their parole ineligibility was passed in the context of the *CCRA* rather than that of the *Criminal Code* shield Parliament’s measure from the scrutiny under s. 11(h) of the *Charter* that would otherwise apply. If that were the case, Parliament could enact punitive laws resulting in double punishment simply by choosing to amend the *CCRA* rather than the *Criminal Code*.

[74] I would note that the constitutionality of other aspects of the abolition of APR was not seriously argued. Without a full record, I am not in a position to rule on the effect of changes to the review process (requiring offenders to apply for release, eliminating automatic referral and requiring a hearing rather than a review conducted on paper) and to the release criteria (replacing the lower, presumptive standard of violent recidivism, which left the Board no discretion to deny parole, with the more onerous standard of undue risk to society). These changes are certainly more similar to the change to the sentence management process that

juge en vertu du *Code criminel* dans le cadre de la détermination d’une peine. Comme le signale le juge Iacobucci dans l’arrêt *Shropshire*, cela « indique clairement que l’inadmissibilité à la libération conditionnelle fait partie du “châtiment” » (par. 23). La loi rétrospective qui entraîne une telle conséquence enclenche la protection contre la double peine garantie à l’al. 11h).

[73] Ma conclusion reste inchangée malgré le fait que l’augmentation du temps d’épreuve en l’espèce était imposée par voie législative, dans le contexte d’une modification à la *LSCMLSC*, qui concerne notamment le régime d’administration de la peine, et non par voie judiciaire en vertu du *Code criminel*. Cette distinction sur le plan de la forme ne change rien au fait que, sur le plan pratique, la nouvelle période d’inadmissibilité à la libération conditionnelle a modifié les attentes en matière de liberté des délinquants qui avaient déjà été « jugé[s] [ou] puni[s] » pour leurs infractions. Elle leur a imposé une peine plus lourde que celle qu’ils auraient purgée sous le régime de la loi qui était en vigueur au moment du prononcé de leur peine. Le fait que la mesure législative qui a retardé l’admissibilité à la libération conditionnelle dans leur cas a été adoptée sous le couvert de la *LSCMLSC*, plutôt que sous celui du *Code criminel*, ne met pas non plus cette mesure à l’abri de l’examen fondé sur l’al. 11h) de la *Charte*. Si c’était le cas, le législateur pourrait adopter des lois punitives qui créeraient une double peine en choisissant tout simplement de modifier la *LSCMLSC* plutôt que le *Code criminel*.

[74] Je signale que la constitutionnalité d’autres aspects de l’abolition de la PEE n’a pas été sérieusement soutenue. Comme je ne dispose pas d’un dossier complet, je ne suis pas en mesure de statuer sur l’effet des modifications apportées à la procédure d’examen (qui requiert la présentation d’une demande de mise en liberté, met fin à la transmission d’office du dossier, exige la tenue d’une audience et annule l’examen sans audience) et celles apportées au critère de mise en liberté (qui ont substitué au critère fondé sur une présomption, moins strict, de la récidive avec violence, qui privait la Commission de tout pouvoir discrétionnaire qui

was upheld under s. 7 in *Cunningham*. This being said, every retrospective change must be analyzed in detail before conclusions can be drawn as to its possible punitive effect. The greater the impact on the offender's settled expectation of liberty, or the greater the likelihood of additional incarceration, the more likely it is that a given retrospective change will violate s. 11(h).

(4) Does Section 10(1) of the AEPA Violate Section 7 of the Charter?

[75] The respondents argue, in the alternative, that s. 10(1) violates s. 7 of the *Charter* by depriving the offender of liberty in contravention of the principles of fundamental justice. Wilson J. made the following comment in this regard in *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at p. 647:

The principles of fundamental justice are to be found “in the basic tenets of our legal system”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [[1985] 2 S.C.R. 486,] at p. 503. It is fundamental to any legal system which recognizes “the rule of law” (see the Preamble to the *Charter*) that an accused must be tried and punished under the law in force at the time the offence is committed.

Having already found that the impugned provision offends s. 11(h) of the *Charter*, I find it unnecessary to decide on the application of s. 7.

[76] When both s. 7 and a specific guarantee under the *Charter* are pleaded, this Court has generally shown a preference for dealing with the specific guarantee: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 13. In my view, the following comments from *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, though made in respect of s. 11(d) rather than s. 11(h), are relevant:

The appellant places reliance upon both s. 11(d) and s. 7 of the *Charter*. However, the s. 7 submission can be

lui aurait permis de refuser la libération conditionnelle du délinquant, le critère, plus exigeant, du risque inacceptable pour la société). On peut certainement assimiler ces modifications au changement apporté à la procédure de gestion de la peine que la Cour dans l'arrêt *Cunningham* a jugée conforme à l'art. 7. Cela dit, il faut examiner en détail chaque changement rétrospectif pour déterminer s'il est susceptible de produire un effet punitif. Plus grande est l'incidence sur l'attente fondée en matière de liberté du délinquant — ou la probabilité d'une incarcération prolongée — plus le changement rétrospectif risque de contrevenir à l'al. 11(h).

(4) Le paragraphe 10(1) de la LALAC enfreint-il l'art. 7 de la Charte?

[75] Les intimés soutiennent subsidiairement que le par. 10(1) enfreint l'art. 7 de la *Charte*, car il prive le délinquant de sa liberté, ce qui contrevient aux principes de justice fondamentale. La juge Wilson fait le commentaire suivant à cet égard dans l'arrêt *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, p. 647 :

On trouve les principes de justice fondamentale « dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique » : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [[1985] 2 R.C.S. 486,] à la p. 503. Il est essentiel à tout système juridique qui reconnaît « la primauté du droit » (voir le préambule de la *Charte*) qu'un inculpé soit jugé et puni en vertu du droit en vigueur au moment où l'infraction a été commise.

Puisque j'ai déjà conclu que la disposition contestée enfreint l'al. 11(h) de la *Charte*, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de statuer sur l'application de l'art. 7.

[76] De façon générale, la Cour a toujours préféré analyser la portée d'une garantie expresse lorsque l'art. 7 et cette garantie prévue par la *Charte* sont tous deux invoqués : *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 13. À mon avis, les commentaires suivants formulés dans l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, sont pertinents, bien qu'ils portent sur l'al. 11(d) plutôt que sur l'al. 11(h) :

L'appelant invoque l'al. 11(d) et l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, quelques mots sur l'argument relatif à l'art. 7

dealt with very briefly. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, this Court decided that ss. 8 to 14 of the *Charter*, the “legal rights”, are specific instances of the basic tenets of fairness upon which our legal system is based, and which are now entrenched as a constitutional minimum standard by s. 7. Consequently, in the context of the appellant’s challenge to the independence of the General Court Martial before which he was tried, s. 7 does not offer greater protection than the highly specific guarantee under s. 11(d). I do not wish to be understood to suggest by this that the rights guaranteed by ss. 8 to 14 of the *Charter* are exhaustive of the content of s. 7, or that there will not be circumstances where s. 7 provides a more compendious protection than these sections combined. However, in this case, the appellant has complained of a specific infringement which falls squarely within s. 11(d), and consequently his argument is not strengthened by pleading the more open language of s. 7. [Emphasis added; p. 310.]

In *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at p. 688, this Court applied the same reasoning in the context of a s. 11(e) claim. Section 11(h) protects against the specific infringement alleged in the case at bar: the retrospective legislative imposition of delayed parole eligibility, which has the effect of punishing the offender anew. I therefore decline to address the arguments with respect to s. 7.

**B. *Is Section 10(1) of the AEPA Saved by Section 1 of the Charter?***

[77] The trial judge held, and the Court of Appeal agreed, that the objectives of s. 10(1) of the *AEPA* are pressing and substantial, but they both found that the provision failed at the minimal impairment stage. I agree with this result.

[78] As I mentioned above, Parliament based its decision to abolish APR on considerable evidence, presented by the Crown in this case, that the system was not working effectively. It was within Parliament’s prerogative to pass legislation it thought necessary to improve the system. The trial judge found that the objective of ensuring that sentences as administered are consistent with the sentences courts impose, which, by extension, includes

suffiront. Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, notre Cour a décidé que les art. 8 à 14 de la *Charte*, qui énoncent les « garanties juridiques », représentent des exemples précis d’application des principes fondamentaux d’équité sur lesquels se fonde notre système juridique, que l’art. 7 a érigés en norme constitutionnelle minimale. Par conséquent, dans le contexte où l’appelant met en doute l’indépendance de la cour martiale générale qui l’a jugé, l’art. 7 n’offre pas plus de protection que la garantie très précise de l’al. 11d). Je ne veux pas que l’on pense que j’affirme, par là, que les droits garantis par les art. 8 à 14 de la *Charte* sont les seuls garantis par l’art. 7, ou qu’il n’existe aucun cas où l’art. 7 accordera une protection plus large que ces articles combinés. En l’espèce, toutefois, l’appelant s’est plaint d’une atteinte précise qui relève directement de l’al. 11d); par conséquent, sa thèse n’est pas renforcée par son argument qui repose sur la formulation plus générale de l’art. 7. [Je souligne; p. 310.]

Dans l’arrêt *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, p. 688, notre Cour applique le même raisonnement dans le contexte d’un recours fondé sur l’al. 11e). L’alinéa 11h) protège contre l’atteinte précise reprochée en l’espèce, à savoir l’augmentation rétrospective du temps d’épreuve pour l’admissibilité à la libération conditionnelle, qui fait en sorte que le délinquant est puni de nouveau. Je n’examinerai donc pas les arguments fondés sur l’art. 7.

**B. *Le par. 10(1) de la LALAC est-il justifié au regard de l’article premier de la Charte?***

[77] La juge de première instance a conclu que les objectifs visés par le par. 10(1) sont urgents et réels, ce dont la Cour d’appel a convenu, mais chacune était d’avis que la disposition en litige ne satisfaisait pas au critère de l’atteinte minimale. Je suis d’accord sur cette conclusion.

[78] Comme je l’ai indiqué plus haut, le législateur a aboli la PEE sur la foi d’une preuve considérable, que le ministère public nous a présentée, démontrant que ce régime n’était pas adéquat. Il revenait au législateur d’adopter les mesures qu’il jugeait nécessaires pour améliorer ce régime. Selon la juge de première instance, l’objectif qui consiste à assurer que la peine purgée soit conforme à la peine infligée par le tribunal, ce qui englobe par extension celui



maintaining or restoring public confidence in the administration of justice, is pressing and substantial (para. 121). Parliament's decision to apply these same objectives to all offenders, including those who had already been sentenced, reflects its legitimate concern to ensure uniformity of parole administration and maintain confidence in the justice system. Having agreed that these objectives are pressing and substantial, I also find that the legislative measure — the *AEPA* — chosen by Parliament, including the retrospective application of its provisions, is rationally connected to the objectives.

[79] However, the Crown has not discharged its burden of proving that there was no less intrusive alternative to retrospective application of the *AEPA*'s provisions. Uniformity of parole administration may be a worthy objective, but the Crown has failed to provide compelling evidence that that uniformity would be impaired if the APR system continued to apply to offenders who were sentenced under it. I adopt the Court of Appeal's conclusion in this regard:

Sentence management objectives in general, and the objectives of the *AEPA* in particular, are recognizably important, but they do not rise to such significance that justifies implementing them in a manner that deprives the respondents of their constitutional rights. The corrections authorities have for twenty years administered different parole regimes for different offenders, including APR. [para. 65]

[80] In my view, having the repeal apply only prospectively was an alternative means available to Parliament that would have enabled it to attain the objectives of reforming parole administration and maintaining confidence in the justice system without violating the s. 11(*h*) rights of offenders who had already been sentenced. Regarding the Crown's argument that retrospective application is necessary to maintain confidence in the justice system, I would point out that the enactment of *Charter*-infringing legislation does great damage to that confidence. The Crown has produced no evidence to show why the alternative of a prospective repeal, which would

de maintenir ou de rétablir la confiance du public dans l'administration de la justice, est urgent et réel (par. 121). La décision du législateur d'appliquer ces objectifs à tous les délinquants, même ceux qui avaient déjà été condamnés et punis, témoigne de sa volonté à assurer l'uniformité dans l'administration du programme de libération conditionnelle et à maintenir ou à rétablir la confiance du public dans le système de justice. Je reconnais que ces objectifs sont urgents et réels, et je suis d'avis que la mesure législative — la *LALAC* — choisie par le législateur, y compris l'application rétrospective de ses dispositions, a un lien rationnel avec ces objectifs.

[79] Toutefois, le ministère public n'a pas réussi à établir qu'il n'existe pas de moyen moins attentatoire que l'application rétrospective des dispositions de la *LALAC*. L'uniformité dans l'administration du programme de libération conditionnelle constitue certes un objectif louable, mais le ministère public ne m'a pas convaincu qu'il serait compromis si le régime de la PEE continuait à s'appliquer aux délinquants condamnés et punis avant l'abolition de cette procédure. Je souscris à la conclusion suivante de la Cour d'appel à cet égard :

[TRADUCTION] Les objectifs de la gestion des peines en général et ceux de la *LALAC* en particulier sont manifestement importants, mais ils ne le sont pas tant que leur réalisation doive priver les intimés de leurs droits constitutionnels. Les autorités correctionnelles sont depuis vingt ans chargées de l'administration de différents régimes de libération conditionnelle à l'intention de différents délinquants, dont la PEE. [par. 65]

[80] À mon avis, le législateur aurait pu opter pour une application prospective de l'abrogation, ce qui lui aurait permis de réaliser les objectifs qui consistent à réformer l'administration du système de libération conditionnelle et à maintenir la confiance du public envers le système de justice, sans porter atteinte aux droits que l'al. 11(*h*) garantit aux délinquants qui avaient déjà été punis. Le ministère public soutient que l'application rétrospective est nécessaire pour maintenir la confiance du public dans le système de justice. Je signale que l'adoption de mesures législatives qui enfreignent les dispositions de la *Charte* peut saper cette confiance. Le

have been compatible with the respondents' constitutional rights, would have significantly undermined its objectives.

C. *Did the Court of Appeal Order the Appropriate Remedy?*

[81] The Crown argues in this Court that the remedy ordered by the summary trial judge and subsequently upheld by the Court of Appeal was overly broad, because she declared s. 10(1) to be invalid in its entirety, whereas only the delay in day parole eligibility — one consequence of the retroactive application of the repeal — had been found to infringe the respondents' rights. The Crown submits that the offenders should benefit not from all aspects of the abolished APR system, including automatic referral to the Board, a review conducted on paper and more favourable release criteria, but only from the one aspect — early day parole eligibility — whose elimination has been found to be unconstitutional.

[82] Both of the courts below held that the retrospective application of the elimination of early day parole eligibility was unconstitutional. No serious analysis was conducted into the constitutionality of the retrospective application of the elimination of other aspects of the APR system. The “punishment” identified by the summary trial judge and upheld by the Court of Appeal was the delayed date for day parole eligibility, not the changes to the review procedure or to the criteria for release.

[83] Although I will not decide this issue, the retrospective modification of the review procedure and the release criteria would seem to me to resemble the change relating to sentence management that this Court accepted in *Cunningham*. The following comments of McLachlin J., although made in the context of s. 7 of the *Charter*, are on point:

ministère public n'a produit aucune preuve tendant à démontrer pourquoi l'autre solution, à savoir une abrogation prospective, qui n'aurait pas porté atteinte aux droits constitutionnels des intimés, aurait considérablement compromis ses objectifs.

C. *La Cour d'appel a-t-elle ordonné la réparation convenable?*

[81] Le ministère public fait valoir devant notre Cour que la réparation ordonnée par la juge du procès par voie sommaire, et confirmée par la Cour d'appel, a une portée trop large, parce qu'elle a invalidé tout le par. 10(1), alors que seule l'augmentation du temps d'épreuve pour l'admissibilité à la semi-liberté — l'une des conséquences de l'application rétroactive de l'abrogation — portait atteinte aux droits des intimés. Selon le ministère public, il faudrait que les délinquants puissent se prévaloir, non pas de l'ensemble des éléments du régime de la PEE qui a été aboli, dont le renvoi d'office de leur dossier à la Commission pour examen, l'examen sans audience et le critère de mise en liberté moins strict, mais seulement de l'admissibilité anticipée à la semi-liberté dont l'annulation a été déclarée inconstitutionnelle.

[82] Les juridictions inférieures ont toutes deux jugé que l'annulation rétrospective de l'admissibilité anticipée à la semi-liberté n'était pas constitutionnelle. Aucune analyse sérieuse n'a porté sur la constitutionnalité de l'annulation rétrospective des autres éléments du régime de la PEE. La « peine » circonscrite par la juge du procès et confirmée par la Cour d'appel correspondait à l'augmentation du temps d'épreuve pour la semi-liberté, et non aux changements apportés à la procédure d'examen ni au critère de mise en liberté.

[83] Bien que je m'abstienne de trancher cette question, j'assimilerais la modification apportée rétrospectivement à la procédure d'examen et au critère de mise en liberté à une modification de gestion de la peine que la Cour a acceptée dans l'arrêt *Cunningham*. Bien qu'ils portent sur l'art. 7 de la *Charte*, les commentaires suivants formulés par la juge McLachlin sont pertinents :

A change in the form in which a sentence is served, whether it be favourable or unfavourable to the prisoner, is not, in itself, contrary to any principle of fundamental justice. Indeed, our system of justice has always permitted correctional authorities to make appropriate changes in how a sentence is served, whether the changes relate to place, conditions, training facilities, or treatment. Many changes in the conditions under which sentences are served occur on an administrative basis in response to the prisoner's immediate needs or behaviour. Other changes are more general. From time to time, for example, new approaches in correctional law are introduced by legislation or regulation. These initiatives change the manner in which some of the prisoners in the system serve their sentences. [Emphasis added; pp. 152-53.]

In the instant case, I have held that the legislative imposition of delayed day parole eligibility, by effectively prolonging the minimum period of incarceration of offenders who had already been sentenced, constitutes "punishment" for the purposes of s. 11(h). I have not found other aspects of the *AEPA* to be unconstitutional. At first blush, I do not see anything impractical or offensive about having the pre-APR parole procedures that are now in force apply while at the same time following the timelines for early day parole eligibility.

[84] However, the courts below did not receive submissions on the limited declaration now being proposed in this Court. This Court must exercise caution in deciding whether to depart from the remedy crafted by the trial judge and upheld by the Court of Appeal. In my view, this cautious approach favours upholding the full declaration of invalidity. I draw this conclusion for two reasons.

[85] First, early day parole eligibility was adopted as a component of APR, and I cannot presume that Parliament would have enacted the legislation establishing it in the absence of the rest of the APR system. The test for severance is whether the constitutionally sound portion of the scheme is so inextricably bound up with the part declared invalid

Une modification de la façon dont une peine est purgée, qu'elle soit favorable ou défavorable à l'endroit du détenu, n'est, en soi, contraire à aucun principe de justice fondamentale. En fait, notre système de justice a toujours permis aux autorités correctionnelles d'apporter des modifications appropriées à la manière dont une peine doit être purgée, en ce qui a trait au lieu, aux conditions, aux installations de formation ou au traitement. Un grand nombre de modifications des conditions dans lesquelles les peines sont purgées sont apportées de façon administrative pour répondre aux besoins immédiats ou au comportement du détenu. D'autres modifications sont d'ordre plus général. Par exemple, à l'occasion, une loi ou un règlement introduit de nouvelles méthodes en droit correctionnel. Ces initiatives modifient la manière dont certains détenus dans le système purgent leurs peines. [Je souligne; p. 152-153.]

En l'espèce, je suis d'avis que, par l'augmentation législative du temps d'épreuve pour la semi-liberté, qui a pour effet de prolonger la période minimale d'incarcération, les délinquants déjà condamnés sont « puni[s] » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 11h). Je ne conclus pas à l'inconstitutionnalité d'autres éléments de la *LALAC*. A priori, je ne vois rien d'impossible ni de condamnable à ce que la procédure antérieure au régime de la PEE qui est dorénavant en vigueur s'applique et d'y assortir le temps d'épreuve pour la semi-liberté anticipée.

[84] Cependant, les juridictions inférieures ne disposaient pas des arguments qui nous ont été présentés sur l'opportunité de prononcer une déclaration d'invalidité partielle. La Cour doit envisager avec prudence la décision de s'écarter de la réparation ordonnée par la juge de première instance et confirmée par la Cour d'appel. Selon moi, une telle prudence nous invite à confirmer la déclaration d'invalidité intégrale. J'en viens à cette conclusion pour deux raisons.

[85] Premièrement, le législateur a instauré le régime d'admissibilité anticipée à la semi-liberté dans le cadre de la PEE, et je ne peux présumer qu'il l'aurait adopté sans y rattacher le reste du régime de la PEE. Le critère applicable en l'espèce est de savoir si les dispositions valides du régime sont si inextricablement liées aux dispositions invalides

that what remains cannot independently survive (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 697). I harbour doubts about the respondents' submission that early day parole was functionally bound up with the rest of the APR scheme. However, to conclude that it was not in the absence of evidence on how early day parole would work in combination with normal parole procedures would be to overstep my judicial role. I cannot presume that Parliament would have enacted the legislation establishing early day parole on its own.

[86] Second, even if it were clear that early day parole eligibility could stand, functionally, on its own, severance would not be workable in the context of this legislation. Section 119.1, which established the earlier eligibility period for day parole, was expressly dependent on both s. 125, which defined the class of offenders who were automatically eligible for accelerated parole review, and s. 126, which set out the procedural and substantive terms for release on parole. Section 119.1 read as follows:

**119.1** The portion of the sentence of an offender who is eligible for accelerated parole review under sections 125 and 126 that must be served before the offender may be released on day parole is six months, or one sixth of the sentence, whichever is longer.

Section 126.1 specified that ss. 125 and 126 applied to the early day parole option established by s. 119.1.

[87] Section 10(1) of the *AEPA* made the repeal of ss. 125, 126 and 126.1 of the *CCRA* apply retrospectively and thus, in effect, withdrew the right to be considered for early day parole from offenders who had been eligible for such consideration prior to the enactment of the repeal provisions. The specific reference in s. 119.1 to “the sentence of an offender who is eligible for accelerated parole review under sections 125 and 126” means that this section cannot operate without ss. 125, 126 and 126.1 and is thus meaningless without them.

qu'elles ne sauraient subsister sans elles (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 697). Selon moi, l'argument des intimés selon lequel la semi-liberté anticipée était liée sur le plan fonctionnel au reste du régime de la PEE n'est pas convaincant. Cependant, j'outrepasserais mon rôle judiciaire en concluant à l'absence de lien sans bénéficier d'une preuve suffisante sur la manière dont la procédure normale de libération conditionnelle s'appliquerait à la semi-liberté anticipée. Je ne peux présumer que le législateur aurait adopté la loi prévoyant la semi-liberté anticipée sans son complément.

[86] Deuxièmement, même s'il ne faisait aucun doute que l'admissibilité anticipée à la semi-liberté est autonome sur le plan fonctionnel, la dissociation ne serait pas possible dans le contexte de cette mesure législative. L'article 119.1, qui abrégait le temps d'épreuve pour la semi-liberté, était tributaire du libellé des art. 125 et 126. Le premier définissait la catégorie de délinquants qui étaient admissibles d'office à la PEE; le deuxième établissait les conditions de la libération conditionnelle, sur les plans de la procédure et du fond. L'article 119.1 était ainsi libellé :

**119.1** Le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la semi-liberté est, dans le cas d'un délinquant admissible à la procédure d'examen expéditif en vertu des articles 125 et 126, six mois ou, si elle est supérieure, la période qui équivaut au sixième de la peine.

L'article 126.1 disposait que les art. 125 et 126 s'appliquaient à la semi-liberté anticipée instaurée par l'art. 119.1.

[87] Le paragraphe 10(1) de la *LALAC* a abrogé rétroactivement les art. 125, 126 et 126.1 de la *LSCMLSC* et a donc privé les délinquants admissibles avant l'abrogation du droit de voir leur dossier examiné en vue d'une semi-liberté anticipée. Le renvoi exprès dans l'art. 119.1 au « cas d'un délinquant admissible à la procédure d'examen expéditif en vertu des articles 125 et 126 » laisse entendre que cette disposition dépend des art. 125, 126 et 126.1 et ne produit aucun effet sans eux.

[88] To read s. 10(1) of the *AEPA* down to make the repeal of ss. 125 to 126.1 apply retrospectively but not that of s. 119.1, as the Crown proposes, would result in a provision that would be impossible to implement. I would therefore uphold the declaration of invalidity of all of s. 10(1).

#### V. Disposition

[89] I would dismiss the appeal and uphold the remedy ordered by the trial judge. Section 10(1) of the *AEPA* violates s. 11(*h*) of the *Charter* and is accordingly of no force or effect. Sections 125, 126, 126.1 and, by implication, 119.1 of the *CCRA* therefore continue to apply to offenders who were sentenced prior to the coming into force on March 28, 2011, of the *AEPA*.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Vancouver and Montréal.*

*Solicitors for the respondents: Eric Purtzki, Vancouver; Garth Barriere, Vancouver.*

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

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: University of British Columbia, Vancouver; Heenan Blaikie, Vancouver.*

[88] L'interprétation atténuée du par. 10(1) de la *LALAC* que propose le ministère public, selon laquelle l'abrogation des art. 125 à 126.1 s'appliquerait rétrospectivement, mais pas celle de l'art. 119.1, rendrait impossible l'application de ce dernier. En conséquence, je suis d'avis de confirmer la déclaration d'invalidité du par. 10(1) dans son ensemble.

#### V. Dispositif

[89] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la réparation ordonnée par la juge de première instance. Le paragraphe 10(1) de la *LALAC* contrevient à l'al. 11(*h*) de la *Charte* et il est ainsi inopérant. Les articles 125, 126, 126.1 et, par voie de conséquence, l'art. 119.1 de la *LSCMLSC* continuent donc de s'appliquer aux délinquants condamnés avant l'entrée en vigueur de la *LALAC*, le 28 mars 2011.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Vancouver et Montréal.*

*Procureurs des intimés : Eric Purtzki, Vancouver; Garth Barriere, Vancouver.*

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

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : University of British Columbia, Vancouver; Heenan Blaikie, Vancouver.*

**IN THE MATTER OF a Reference by the Governor in Council concerning sections 5 and 6 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, as set out in Order in Council P.C. 2013-1105 dated October 22, 2013**

**INDEXED AS: REFERENCE RE SUPREME COURT ACT, SS. 5 AND 6**

**2014 SCC 21**

File No.: 35586.

2014: January 15; 2014: March 21.

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

**REFERENCE BY GOVERNOR IN COUNCIL**

*Courts — Supreme Court of Canada — Judges — Eligibility requirements for appointment to Supreme Court of Canada — Requirement that three judges be appointed to Court from among judges of Court of Appeal or of Superior Court of Quebec or from among advocates of at least 10 years standing at Barreau du Québec — Whether Federal Court of Appeal judge formerly member of Barreau du Québec for more than 10 years eligible for appointment to Supreme Court of Canada — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 5, 6.*

*Constitutional law — Constitutional amendment — Composition of Supreme Court of Canada — Whether Parliament acting alone can enact legislation permitting appointment of former member of Quebec bar to Quebec position on Court — Constitution Act, 1982, s. 41(d) — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 5.1, 6.1.*

The Honourable Marc Nadon, a supernumerary judge of the Federal Court of Appeal and formerly a member of the Quebec bar for more than 10 years, was named a judge of the Supreme Court of Canada for the province of Quebec, pursuant to s. 6 of the *Supreme Court Act* (“Act”). Section 6 specifies that at least three of the nine judges appointed to the Court “shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province”.

After the appointment of Justice Nadon was challenged before the Federal Court of Canada, the Governor General in Council referred the following questions to this Court under s. 53 of the Act:

**DANS L’AFFAIRE DU renvoi par le Gouverneur en conseil concernant les articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, institué aux termes du décret C.P. 2013-1105 en date du 22 octobre 2013**

**RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF À LA LOI SUR LA COUR SUPRÊME, ART. 5 ET 6**

**2014 CSC 21**

N° du greffe : 35586.

2014 : 15 janvier; 2014 : 21 mars.

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

**RENVOI PAR LE GOUVERNEUR EN CONSEIL**

*Tribunaux — Cour suprême du Canada — Juges — Conditions d’admissibilité à une nomination à la Cour suprême du Canada — Exigence que trois juges soient nommés parmi les juges de la Cour d’appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec — Un juge de la Cour d’appel fédérale qui a été autrefois inscrit au Barreau du Québec pendant plus de 10 ans est-il admissible à une nomination à la Cour suprême du Canada? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 5, 6.*

*Droit constitutionnel — Modification de la Constitution — Composition de la Cour suprême du Canada — Le Parlement agissant seul peut-il légiférer pour permettre la nomination d’un ancien membre du Barreau du Québec à un poste de juge de la Cour réservé au Québec? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 41d) — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 5.1, 6.1.*

L’honorable Marc Nadon, juge surnuméraire de la Cour d’appel fédérale et ancien membre du Barreau du Québec pendant plus de 10 ans, a été nommé juge de la Cour suprême du Canada pour la province de Québec en vertu de l’art. 6 de la *Loi sur la Cour suprême* (« Loi »). L’article 6 précise qu’au moins trois des neuf juges nommés à la Cour « sont choisis parmi les juges de la Cour d’appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci ».

Après la contestation de la nomination du juge Nadon devant la Cour fédérale du Canada, le gouverneur général en conseil a soumis les questions suivantes au jugement de la Cour en vertu de l’art. 53 de la Loi :

1. Can a person who was, at any time, an advocate of at least 10 years standing at the Barreau du Québec be appointed to the Supreme Court of Canada as a member of the Supreme Court from Quebec pursuant to sections 5 and 6 of the *Supreme Court Act*?

2. Can Parliament enact legislation that requires that a person be or has previously been a barrister or advocate of at least 10 years standing at the bar of a province as a condition of appointment as a judge of the Supreme Court of Canada or enact the annexed declaratory provisions as set out in clauses 471 and 472 of the Bill entitled *Economic Action Plan 2013 Act, No. 2*?

Clauses 471 and 472 of the bill entitled *Economic Action Plan 2013 Act, No. 2*, received Royal Assent and became ss. 5.1 and 6.1 of the Act. Sections 5.1 and 6.1 seek to make it clear that a former member of the bar may be appointed to the Court under s. 5 and that a former member of the Quebec bar is eligible for appointment under s. 6.

*Held* (Moldaver J. dissenting): Question 1 is answered in the negative. Question 2 is answered in the negative with respect to the three seats reserved for Quebec and the declaratory provision set out in cl. 472. It is answered in the affirmative with respect to cl. 471.

#### Question 1

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.:

A judge of the Federal Court or Federal Court of Appeal is ineligible for appointment to the Supreme Court of Canada under s. 6 of the Act. Section 5 of the Act sets out the general eligibility requirements for appointment to the Supreme Court by creating four groups of people who are eligible for appointment: (1) current judges of a superior court of a province, including courts of appeal; (2) former judges of such a court; (3) current barristers or advocates of at least 10 years standing at the bar of a province; and (4) former barristers or advocates of at least 10 years standing. However, s. 6 narrows the pool of eligible candidates from the four groups of people who are eligible under s. 5 to two groups who are eligible under s. 6. In addition to meeting the general requirements of s. 5, persons appointed to the three Quebec seats under s. 6 must be current members of the Barreau du Québec, the Quebec Court of Appeal or the Superior Court of Quebec.

1. Une personne qui a autrefois été inscrite comme avocat pendant au moins dix ans au Barreau du Québec peut-elle être nommée à la Cour suprême du Canada à titre de juge de la Cour suprême pour le Québec conformément aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*?

2. Le Parlement peut-il légiférer pour exiger, à titre de condition de sa nomination au poste de juge de la Cour suprême du Canada, qu'une personne soit ou ait été inscrite comme avocat au barreau d'une province pendant au moins dix ans ou adopter des dispositions déclaratoires telles que celles prévues aux articles 471 et 472 du projet de loi intitulé *Loi n° 2 sur le plan d'action économique de 2013*, ci-annexé?

Les articles 471 et 472 du projet de loi intitulé *Loi n° 2 sur le plan d'action économique de 2013* ont reçu la sanction royale et sont devenus les art. 5.1 et 6.1 de la Loi. Les articles 5.1 et 6.1 précisent qu'un ancien membre du barreau peut être nommé à la Cour en vertu de l'art. 5 et qu'un ancien membre du Barreau du Québec est admissible à une nomination en vertu de l'art. 6.

*Arrêt* (le juge Moldaver est dissident) : La question 1 reçoit une réponse négative. La question 2 reçoit une réponse négative pour ce qui est des trois postes réservés au Québec et de la disposition déclaratoire énoncée dans l'art. 472. Elle reçoit une réponse affirmative concernant l'art. 471.

#### Question 1

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner :

Un juge de la Cour fédérale ou de la Cour d'appel fédérale ne peut être nommé à la Cour suprême du Canada en vertu de l'art. 6 de la Loi. L'article 5 de la Loi fixe les conditions générales de nomination à la Cour suprême en créant quatre groupes de personnes admissibles à une nomination : (1) les juges actuels d'une cour supérieure, et notamment d'une cour d'appel, d'une province; (2) les anciens juges d'une telle cour; (3) les avocats actuels inscrits pendant au moins 10 ans au barreau d'une province; (4) les anciens avocats inscrits au barreau d'une province pendant au moins 10 ans. Toutefois, l'art. 6 réduit à deux groupes le bassin des personnes admissibles, qui comprend quatre groupes en vertu de l'art. 5. Les personnes nommées aux trois postes réservés pour le Québec en vertu de l'art. 6 doivent être soit membres du Barreau du Québec soit juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure du Québec au moment de leur nomination, en plus de répondre aux conditions générales fixées à l'art. 5.

The plain meaning of s. 6 has remained consistent since the original version of that provision was enacted in 1875, and it has always excluded former advocates. By specifying that three judges shall be appointed “from among” the judges and advocates (i.e. members) of the identified institutions, s. 6 impliedly excludes former members of those institutions and imposes a requirement of current membership. Reading ss. 5 and 6 together, the requirement of at least 10 years standing at the bar applies to appointments from Quebec.

This textual analysis is consistent with the underlying purpose of s. 6 and reflects the historical compromise that led to the creation of the Supreme Court as a general court of appeal for Canada and as a federal and bijural institution. Section 6 seeks (i) to ensure civil law expertise and the representation of Quebec’s legal traditions and social values on the Court, and (ii) to enhance the confidence of Quebec in the Court. This interpretation is also consistent with the broader scheme of the Act for the appointment of *ad hoc* judges, which excludes judges of the federal courts as *ad hoc* judges for Quebec cases.

*Per* Moldaver J. (dissenting):

The eligibility criteria in s. 5 apply to all appointees, including those chosen from Quebec institutions to fill a Quebec seat. It follows that both current *and former* members of the Quebec bar of at least 10 years standing, and current *and former* judges of the Quebec superior courts, are eligible for appointment to a Quebec seat on this Court. Therefore, I answer Question 1 in the affirmative.

Sections 5 and 6 are inextricably linked. Section 5 sets out the threshold eligibility requirements to be appointed a judge of this Court. Under s. 5, both current and former members of a provincial bar of at least 10 years standing, and current and former judges of a superior court of a province, are eligible. Section 6 builds on s. 5 by requiring that for three of the seats on this Court, the candidates who meet the criteria of s. 5 must be chosen from three Quebec institutions (the Barreau du Québec, the Quebec Court of Appeal, and the Superior Court of Quebec). Section 6 does not impose any additional requirements.

To suggest that Quebec wanted to render ineligible former advocates of at least 10 years standing at the Quebec bar is to rewrite history. The object of s. 6 is, and always has been, to ensure that a specified number of

Le sens ordinaire de l’art. 6 est demeuré constant depuis la version originale de cette disposition édictée en 1875 et il a toujours exclu les anciens avocats. En précisant que trois juges sont nommés « parmi » les juges et les avocats (c’est-à-dire les membres) des institutions énumérées, l’art. 6 exclut implicitement les anciens membres de ces institutions et impose une condition de contemporanéité de l’appartenance à celles-ci. Selon les art. 5 et 6, interprétés en corrélation, le minimum de 10 années d’inscription au barreau s’applique à la nomination des juges pour le Québec.

Cette analyse textuelle respecte l’objectif sous-jacent de l’art. 6 et reflète le compromis historique qui a mené à la création de la Cour suprême en tant que cour générale d’appel pour le Canada et en tant qu’institution fédérale et bijuridique. L’article 6 vise (i) à garantir une expertise en droit civil et la représentation des traditions juridiques et des valeurs sociales du Québec à la Cour, et (ii) à renforcer la confiance du Québec envers la Cour. Cette interprétation respecte en outre l’économie générale de la Loi au sujet de la nomination des juges suppléants, qui exclut les juges des cours fédérales des postes de juge suppléant pour les causes du Québec.

*Le* juge Moldaver (dissident) :

Les conditions de nomination énoncées à l’art. 5 s’appliquent à tous les candidats, y compris ceux qui sont choisis parmi les institutions québécoises pour occuper un siège réservé au Québec. En conséquence, les avocats actuels *et les anciens* avocats inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec ainsi que les juges actuels *et les anciens* juges des cours supérieures du Québec sont tous admissibles à une nomination à un poste de la Cour réservé au Québec. Je réponds donc à la question 1 par l’affirmative.

Les articles 5 et 6 sont inextricablement liés. L’article 5 énonce les conditions de base auxquelles une personne doit satisfaire pour être nommée juge de la Cour. Pour l’application de l’art. 5, tous les avocats, actuels et anciens, inscrits au barreau d’une province pendant au moins 10 ans et tous les juges, actuels et anciens, d’une cour supérieure d’une province sont admissibles. L’article 6 précise l’art. 5 en exigeant que, pour trois postes de juge de notre Cour, les candidats qui satisfont aux critères de l’art. 5 soient choisis parmi trois institutions québécoises (le Barreau du Québec, la Cour d’appel du Québec et la Cour supérieure du Québec). L’article 6 n’impose aucune condition additionnelle.

Suggérer que le Québec souhaitait soustraire du bassin de candidats potentiels les anciens avocats inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec revient à réécrire l’histoire. L’article 6 a, et a toujours eu, pour



this Court's judges are trained in civil law and represent Quebec. By virtue of the fact that these seats must be filled by persons appointed from the three Quebec institutions named in s. 6, appointees will necessarily have received formal training in the civil law. The combination of this training and affiliation with one of the named Quebec institutions serves to protect Quebec's civil law tradition and inspire Quebec's confidence in this Court. Imposing the additional requirement of current membership at the Quebec bar does nothing to promote the underlying object of s. 6 and leads to absurd results.

The currency requirement is not supported by the text of s. 6, its context, or its legislative history. The words "from among" found in s. 6 convey no temporal meaning. They take their meaning from the surrounding context and cannot, on their own, support the contention that a person must be a *current* member of the bar or bench to be eligible for a Quebec seat. The words "from among" do not alter the group to which s. 6 refers — the group described in s. 5. Indeed, having regard to their historical context, the words "from among" *support* the view that ss. 5 and 6 are inextricably linked.

An absurdity results if s. 6 is not read in conjunction with s. 5, such that a newly-minted member of one day's standing at the Quebec bar would be eligible for a Quebec seat on this Court. Manifestly, s. 6 must be linked to the 10-year eligibility requirement for members of the bar specified in s. 5. Choosing from s. 5 only those aspects of it that are convenient (i.e. the 10 year requirement) — and jettisoning those that are not (i.e. the fact that both current *and former* advocates of 10 years standing qualify under s. 5) — is a principle of statutory interpretation heretofore unknown.

The currency requirement finds no support in the scheme of the Act. Section 30 of the Act, which deals with the appointment of *ad hoc* judges, is a historic anomaly and does not assist in the interpretation of the eligibility requirements set out in ss. 5 and 6.

Any interpretation of s. 6 that requires a *former* advocate of at least 10 years standing at the Quebec bar, or a *former* judge of the Quebec Court of Appeal or Superior Court, to rejoin the Quebec bar for a day in order to be eligible for appointment to this Court makes no practical sense. It is difficult to believe that the people of Quebec would somehow have more confidence in this candidate on Friday than they had on Thursday.

objet de garantir qu'un nombre déterminé de juges de la Cour soient formés en droit civil et représentent le Québec. Puisque ces postes de juge doivent être pourvus par des candidats provenant d'une des trois institutions québécoises énumérées à l'art. 6, ces candidats auront forcément reçu une formation en droit civil. La combinaison de cette formation et de leur lien avec l'une des institutions québécoises nommées sert à protéger la tradition civiliste du Québec et suscite la confiance du Québec envers la Cour. Imposer une exigence additionnelle de contemporanéité de l'appartenance au Barreau du Québec ne favorise en rien la réalisation de l'objet sous-jacent de l'art. 6 et mène à des résultats absurdes.

L'exigence de contemporanéité ne trouve un appui ni dans le texte de l'art. 6, ni dans son contexte ou son historique législatif. Le mot « parmi », à l'art. 6, n'a aucune signification temporelle. Il tire son sens du contexte et ne peut, en soi, appuyer la prétention qu'une personne doive être un membre *actuel* du barreau ou de la magistrature pour être nommée juge pour le Québec. Le mot « parmi » ne modifie pas le groupe de personnes visé à l'art. 6 — celui qui est décrit à l'art. 5. En fait, compte tenu de son contexte historique, le mot « parmi » *renforce* l'idée d'un lien inextricable entre les art. 5 et 6.

Si on ne le lit pas en conjonction avec l'art. 5, l'art. 6 mène à un résultat absurde, car un avocat néophyte admis au barreau la veille serait admissible à occuper l'un des sièges de la Cour réservés au Québec. Manifestement, l'art 6 doit être lié à la condition d'inscription au barreau pendant 10 ans que pose l'art. 5. Il n'existe pas à ce jour de principe d'interprétation des lois qui permette de puiser seulement les aspects qui nous agrément dans l'art. 5 (soit l'inscription au barreau pendant 10 ans) et de rejeter les autres (soit l'admissibilité, en vertu de l'art. 5, des avocats actuels *et des anciens* avocats inscrits au barreau pendant 10 ans).

L'exigence de contemporanéité ne trouve pas d'appui dans l'économie de la Loi. L'article 30 de la Loi qui traite de la nomination de juges suppléants constitue une anomalie historique et n'est d'aucune utilité pour l'interprétation des art. 5 et 6.

Toute interprétation de l'art. 6 exigeant qu'un *ancien* avocat qui a été membre du Barreau du Québec pendant 10 ans, ou qu'un *ancien* juge de la Cour d'appel du Québec ou de la Cour supérieure, redevienne membre de ce barreau pendant un jour pour être admissible à une nomination à la Cour n'aurait aucun sens d'un point de vue pratique. Il est difficile de croire que la population du Québec aurait, pour une raison ou pour une autre, davantage confiance en pareil candidat le vendredi que le jeudi.

*Question 2*

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.:

The unilateral power of Parliament to “provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada”, found in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, has been overtaken by the Supreme Court’s evolution in the structure of the Constitution, as recognized in Part V of the *Constitution Act, 1982*. The Court’s constitutional status initially arose from the Court’s historical evolution into an institution whose continued existence and functioning engaged the interests of both Parliament and the provinces. The Court’s protection was then confirmed by the *Constitution Act, 1982*, which reflected the understanding that the Court’s essential features formed part of the Constitution of Canada. As a result, Parliament is now required to maintain the essence of what enables the Supreme Court to perform its current role. While Parliament has the authority to enact amendments necessary for the continued maintenance of the Court, it cannot unilaterally modify the composition or other essential features of the Court.

Part V of the *Constitution Act, 1982* expressly makes changes to the Supreme Court and to its composition subject to constitutional amending procedures. Changes to the composition of the Court, including its abolition, can only be made under the procedure provided for in s. 41(d) and therefore require the unanimous consent of Parliament and the provincial legislatures. The notion of “composition” refers to ss. 4(1), 5 and 6 of the Act, which codify the composition of and eligibility requirements for appointment to the Supreme Court as they existed in 1982. Any substantive change in relation to those eligibility requirements is an amendment to the Constitution in relation to the composition of the Supreme Court and triggers the application of Part V. Changes to the other essential features of the Court can only be made under the procedure provided for in s. 42(1) (d), which requires the consent of at least seven provinces representing, in the aggregate, at least half of the population of all the provinces. The essential features of the Court protected under s. 42(1)(d) include, at the very least, the Court’s jurisdiction as the final general court of appeal for Canada, including in matters of constitutional interpretation, and its independence.

*Question 2*

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner :

Le pouvoir unilatéral de « créer, maintenir et organiser une cour générale d’appel pour le Canada », conféré au Parlement par l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, a été modifié par l’évolution de la Cour suprême dans la structure constitutionnelle, comme le reconnaît la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Initialement, la Cour suprême a acquis son statut constitutionnel en raison de l’évolution historique qui en a fait une institution dont la pérennité et le fonctionnement affectaient les intérêts à la fois du Parlement et des provinces. La protection de la Cour a ensuite été confirmée dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont le contenu reflète la perception que les caractéristiques essentielles de la Cour faisaient partie de la Constitution canadienne. En conséquence, le Parlement doit maintenant préserver les éléments essentiels qui permettent à la Cour de s’acquitter de sa mission actuelle. Bien que le Parlement puisse adopter les modifications d’ordre administratif nécessaires au maintien de la Cour, il ne peut modifier unilatéralement ni la composition ni d’autres caractéristiques essentielles de la Cour.

La partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* assujettit expressément les changements touchant la Cour suprême et sa composition au respect des procédures de modification de la Constitution. Les modifications de la composition de la Cour, y compris son abolition, ne peuvent se faire que conformément à la procédure établie à l’al. 41(d) et requièrent donc le consentement unanime du Parlement et de l’assemblée législative de chaque province. La notion de « composition » renvoie au par. 4(1) et aux art. 5 et 6 de la Loi, qui codifient la composition de la Cour suprême et les conditions de nomination de ses juges telles qu’elles existaient en 1982. Toute modification importante portant sur ces conditions de nomination constitue une modification de la Constitution portant sur la composition de la Cour suprême et entraîne l’application de la partie V. Les autres caractéristiques essentielles de la Cour ne peuvent être modifiées que conformément à l’al. 42(1)(d), qui exige le consentement d’au moins sept provinces représentant, au total, au moins la moitié de la population de toutes les provinces. Les caractéristiques essentielles de la Cour qui sont protégées par l’al. 42(1)(d) incluent, à tout le moins, la juridiction de la Cour en tant que cour générale d’appel pour le Canada, notamment en matière d’interprétation de la Constitution, et son indépendance.

Section 6.1 of the Act (cl. 472 of *Economic Action Plan 2013 Act, No. 2*) is *ultra vires* of Parliament acting alone, since it substantively changes the eligibility requirements for appointments to the Quebec seats on the Court under s. 6. The assertion that it is a declaratory provision does not alter its import. However, s. 5.1 (cl. 471) does not alter the law as it existed in 1982 and is therefore validly enacted under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, although it is redundant.

*Per* Moldaver J. (dissenting):

As both current and past advocates of at least 10 years standing at the Quebec bar are eligible for appointment to the Quebec seats on this Court, the legislation that Question 2 refers to does nothing more than restate the law as it exists. Accordingly, it is unnecessary to answer Question 2.

#### Cases Cited

By McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

**Referred to:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Sarvanis v. Canada*, 2002 SCC 28, [2002] 1 S.C.R. 921; *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Re References by the Governor-General in Council* (1910), 43 S.C.R. 536, aff'd [1912] A.C. 571; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Bank of Montreal v. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*, [1975] 2 S.C.R. 546; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609.

By Moldaver J. (dissenting)

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the Revised Statutes of Canada*, R.S.C. 1886, c. 4, s. 8.  
*Act to amend the Criminal Code*, S.C. 1932-33, c. 53, s. 17.  
*Act to amend the Exchequer Court Act*, S.C. 1912, c. 21, s. 1.  
*Act to amend the Exchequer Court Act*, S.C. 1920, c. 26, s. 1.

L'article 6.1 de la Loi (art. 472 du projet de loi intitulé *Loi n° 2 sur le plan d'action économique de 2013*) excède le pouvoir du Parlement agissant seul, car il modifie sur le fond les conditions de nomination d'un juge pour le Québec fixées à l'art. 6. L'affirmation que l'art. 6.1 est une disposition déclaratoire ne change en rien son effet. Toutefois, l'art. 5.1 (art. 471) ne modifie pas le droit existant en 1982; il a donc été valablement adopté en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, bien qu'il soit redondant.

*Le juge* Moldaver (dissident) :

Comme tout avocat, actuel ou ancien, inscrit pendant 10 ans au Barreau du Québec est admissible à une nomination à un poste de juge de la Cour réservé au Québec, le texte législatif mentionné dans la question 2 n'a aucun autre effet que de répéter ce que la loi dit déjà. Il n'est donc pas nécessaire de répondre à la question 2.

#### Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner

**Arrêts mentionnés :** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Sarvanis c. Canada*, 2002 CSC 28, [2002] 1 R.C.S. 921; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Re References by the Governor-General in Council* (1910), 43 R.C.S. 536, conf. par [1912] A.C. 571; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Banque de Montréal c. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 546; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616.

#### Lois et règlements cités

*Acte concernant les statuts révisés du Canada*, S.R.C. 1886, ch. 4, art. 8.  
*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11, art. 4.  
*Acte des cours Suprême et de l'Échiquier*, S.R.C. 1886, ch. 135, art. 4(2), (3).  
*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 101.

- Act to amend the Supreme Court Act*, S.C. 1918, c. 7, s. 1.  
*Act to amend the Supreme Court Act*, S.C. 1926-27, c. 38, s. 1.  
*Act to amend the Supreme Court Act*, S.C. 1949 (2nd Sess.), c. 37, ss. 1, 3.  
*Act to amend the Supreme Court Act and to make related amendments to the Federal Court Act*, S.C. 1974-75-76, c. 18.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms. Constitution Act, 1867*, s. 101.  
*Constitution Act, 1982*, Part V, ss. 41(d), 42(1)(d), 52(1).  
*Courts Administration Service Act*, S.C. 2002, c. 8, s. 175.  
*Economic Action Plan 2013 Act, No. 2* (Bill C-4), S.C. 2013, c. 40, ss. 471, 472.  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.), s. 64.  
*Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 5.4.  
*Legislation Revision and Consolidation Act*, R.S.C. 1985, c. S-20, s. 6.  
*Règlement sur la formation continue obligatoire des avocats*, R.R.Q., c. B-1, r. 12, s. 2.  
*Statute of Westminster, 1931* (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 27).  
*Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11, s. 4.  
*Supreme and Exchequer Courts Act*, R.S.C. 1886, c. 135, s. 4(2), (3).  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1906, c. 139, ss. 5, 6.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1927, c. 35, ss. 4, 5, 6.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 4(1), 5, 5.1 [ad. 2013, c. 40, s. 471], 6, 6.1 [*idem*, s. 472], 25, 29, 30 [am. 2002, c. 8, s. 175], 53.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, partie V, art. 41d), 42(1) d), 52(1).  
*Loi de la cour Suprême*, S.R.C. 1906, ch. 139, art. 5, 6.  
*Loi de la Cour suprême*, S.R.C. 1927, ch. 35, art. 4, 5, 6.  
*Loi modifiant la loi de la Cour de l'Échiquier*, S.C. 1912, ch. 21, art. 1.  
*Loi modifiant la Loi de la cour de l'Échiquier*, S.C. 1920, ch. 26, art. 1.  
*Loi modifiant la Loi de la cour Suprême*, S.C. 1918, ch. 7, art. 1.  
*Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, S.C. 1926-27, ch. 38, art. 1.  
*Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, S.C. 1949 (2<sup>e</sup> sess.), ch. 37, art. 1, 3.  
*Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême et modifiant en conséquence la Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1974-75-76, ch. 18.  
*Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1932-33, ch. 53, art. 17.  
*Loi n° 2 sur le plan d'action économique de 2013* (projet de loi C-4), L.C. 2013, ch. 40, art. 471, 472.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, ch. 10 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 64.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 4(1), 5, 5.1 [aj. 2013, ch. 40, art. 471], 6, 6.1 [*idem*, art. 472], 25, 29, 30 [mod. 2002, ch. 8, art. 175], 53.  
*Loi sur la révision et la codification des textes législatifs*, L.R.C. 1985, ch. S-20, art. 6.  
*Loi sur le Service administratif des tribunaux judiciaires*, L.C. 2002, ch. 8, art. 175.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 5.4.  
*Règlement sur la formation continue obligatoire des avocats*, R.R.Q., ch. B-1, r. 12, art. 2.  
*Statut de Westminster de 1931* (reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 27).

### Authors Cited

- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
- Bushnell, Ian. *The Captive Court: A Study of the Supreme Court of Canada*. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 1992.
- Bushnell, Ian. *The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.
- Canada. *Consensus Report on the Constitution: Charlottetown*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1992.
- Canada. *Constitutional Accord: Canadian Patriation Plan*. Ottawa, 1981.

### Doctrine et autres documents cités

- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
- Bushnell, Ian. *The Captive Court: A Study of the Supreme Court of Canada*. Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 1992.
- Bushnell, Ian. *The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.
- Canada. *Accord constitutionnel: Projet canadien de rapatriement de la Constitution*. Ottawa, 1981.
- Canada. Assemblée législative. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3<sup>e</sup> sess., 8<sup>e</sup> lég. Québec: Hunter, Rose et Lemieux, 1865, p. 581-582.

- Canada. House of Commons. *Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada*, 2nd Sess., 3rd Parl., 1875, pp. 284, 285, 738, 739, 754, 938, 940, 972.
- Canada. Legislative Assembly. *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 3rd Sess., 8th Parl. Quebec: Hunter, Rose & Co., 1865, p. 576.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate of Canada*, 2nd Sess., 3rd Parl., 1875, p. 713.
- Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2013, release 1).
- Lederman, W. R. “Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada” (1985), 26 *C. de D.* 195.
- Monahan, Patrick J., and Byron Shaw. *Constitutional Law*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2013.
- Newman, Warren J. “The Constitutional Status of the Supreme Court of Canada” (2009), 47 *S.C.L.R.* (2d) 429.
- Oliver, Peter. “Canada, Quebec, and Constitutional Amendment” (1999), 49 *U.T.L.J.* 519.
- Plaxton, Michael, and Carissima Mathen. “Purposeful Interpretation, Quebec, and the *Supreme Court Act*” (2013), 22 *Const. Forum* 15.
- Russell, Peter H. *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*. Ottawa: Information Canada, 1969.
- Saywell, John T. *The Lawmakers: Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*. Toronto: University of Toronto Press, 2002.
- Scott, Stephen A. “Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes” (1982), 20 *U.W.O. L. Rev.* 247.
- Scott, Stephen A. “The Canadian Constitutional Amendment Process” (1982), 45 *Law & Contemp. Probs.* 249.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes du Canada*, 2<sup>e</sup> sess., 3<sup>e</sup> lég., 1875, p. 299, 782-783, 799, 993, 995, 1030.
- Canada. *Rapport du consensus sur la Constitution: Charlottetown*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1992.
- Canada. Sénat. *Debates of the Senate of Canada*, 2nd Sess., 3rd Parl., 1875, p. 713.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2013, release 1).
- Lederman, W. R. « Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada » (1985), 26 *C. de D.* 195.
- Monahan, Patrick J., and Byron Shaw. *Constitutional Law*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2013.
- Newman, Warren J. « The Constitutional Status of the Supreme Court of Canada » (2009), 47 *S.C.L.R.* (2d) 429.
- Oliver, Peter. « Canada, Quebec, and Constitutional Amendment » (1999), 49 *U.T.L.J.* 519.
- Plaxton, Michael, and Carissima Mathen. « Purposeful Interpretation, Quebec, and the *Supreme Court Act* » (2013), 22 *Const. Forum* 15.
- Russell, Peter H. *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*. Ottawa: Information Canada, 1969.
- Saywell, John T. *The Lawmakers: Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*. Toronto: University of Toronto Press, 2002.
- Scott, Stephen A. « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes » (1982), 20 *U.W.O. L. Rev.* 247.
- Scott, Stephen A. « The Canadian Constitutional Amendment Process » (1982), 45 *Law & Contemp. Probs.* 249.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

REFERENCE by the Governor in Council concerning ss. 5 and 6 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, as set out in Order in Council P.C. 2013-1105 dated October 22, 2013. Question 1 is answered in the negative, Moldaver J. dissenting. Question 2 is answered in the negative with respect to the three seats reserved for Quebec and the declaratory provision set out in cl. 472.

RENVOI par le gouverneur en conseil concernant les art. 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, institué aux termes du décret C.P. 2013-1105 en date du 22 octobre 2013. La question 1 reçoit une réponse négative. Le juge Moldaver est dissident. La question 2 reçoit une réponse négative pour ce qui est des trois postes réservés au Québec et de la disposition déclaratoire

It is answered in the affirmative with respect to cl. 471.

*René LeBlanc and Christine Mohr*, for the Attorney General of Canada.

*Patrick J. Monahan and Josh Hunter*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*André Fauteux and Jean-François Beaupré*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Sébastien Grammond, Jeffrey Haylock and Nicolas M. Rouleau*, for the interveners Robert Décary, Alice Desjardins and Gilles Létourneau.

*Rocco Galati*, on his own behalf.

*Sébastien Grammond*, for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges.

*Paul Slansky*, for the intervener the Constitutional Rights Centre Inc.

The following is the opinion of

THE CHIEF JUSTICE AND LEBEL, ABELLA,  
CROMWELL, KARAKATSANIS AND WAGNER JJ. —

### I. Introduction

[1] The *Supreme Court Act* provides that three of the nine judges of the Supreme Court of Canada must be appointed “from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province”: R.S.C. 1985, c. S-26, s. 6. This reference seeks our opinion on two aspects of the eligibility requirements for appointment to these three Quebec seats.

[2] The first is whether a person who was at any time an advocate of at least 10 years standing at the Barreau du Québec qualifies for appointment under s. 6 as being “from among the advocates of that Province”. If the answer to the first question is no, the second question arises. It is whether Parliament

énoncée dans l’article 472. Elle reçoit une réponse affirmative concernant l’article 471.

*René LeBlanc et Christine Mohr*, pour le procureur général du Canada.

*Patrick J. Monahan et Josh Hunter*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*André Fauteux et Jean-François Beaupré*, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

*Sébastien Grammond, Jeffrey Haylock et Nicolas M. Rouleau*, pour les intervenants Robert Décary, Alice Desjardins et Gilles Létourneau.

*Rocco Galati*, en personne.

*Sébastien Grammond*, pour l’intervenante l’Association canadienne des juges de cours provinciales.

*Paul Slansky*, pour l’intervenante Constitutional Rights Centre Inc.

Version française de l’avis rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LES JUGES LEBEL, ABELLA,  
CROMWELL, KARAKATSANIS ET WAGNER —

### I. Introduction

[1] La *Loi sur la Cour suprême* prévoit que trois des neuf juges de la Cour suprême du Canada sont choisis « parmi les juges de la Cour d’appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci » : L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 6. Le renvoi porte sur deux aspects des conditions de nomination à ces trois postes de juge réservés pour le Québec.

[2] Dans la première question, on nous demande si une personne qui a autrefois été inscrite pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec répond aux conditions de nomination pour être choisie « parmi les avocats de » cette province au sens de l’art. 6. La deuxième question se posera si la première reçoit

can enact legislation to make such a person eligible for appointment to one of the three Quebec seats on the Court. The answer to these questions — which on their face raise issues of statutory interpretation — engage more fundamental issues about the composition of the Court and its place in Canada’s legal and constitutional order.

[3] These questions arise in the context of the appointment under s. 6 of the Honourable Marc Nadon, a supernumerary judge of the Federal Court of Appeal and formerly, but not at the time of this appointment, a member of the Quebec bar of more than 10 years standing. Justice Nadon was not a judge of the Court of Appeal or the Superior Court of the Province of Quebec and therefore was not eligible for appointment on that basis. The narrow question is thus whether he was eligible for appointment because he had previously been a member of the Quebec bar.

[4] In our view, the answer to this question is no: a current judge of the Federal Court of Appeal is not eligible for appointment under s. 6 as a person who may be appointed “from among the advocates of that Province”. This language requires that, at the time of appointment, the appointee be a current member of the Quebec bar with at least 10 years standing.

[5] On the question of whether Parliament can enact legislation purporting to declare a binding interpretation of s. 6 and thereby permit the appointment of a former member of the bar to one of the Quebec positions on the Court, our view is that the answer is also no. The eligibility requirements set out in s. 6 relate to the composition of the Court and are, therefore, constitutionally protected. Under s. 41(d) of the *Constitution Act, 1982*, any amendment in relation to the composition of the Supreme Court of Canada may only be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province.

une réponse négative. Nous devons alors déterminer si le Parlement peut légiférer pour permettre la nomination d’une telle personne à l’un des trois postes de juge de la Cour réservés pour le Québec. La réponse à ces questions — qui soulèvent à première vue des questions d’interprétation législative — implique des problèmes plus fondamentaux sur la composition de la Cour et la place qu’elle occupe dans les ordres juridique et constitutionnel du Canada.

[3] Ces questions se présentent dans le contexte de la nomination, en vertu de l’art. 6, de l’honorable Marc Nadon, juge surnuméraire de la Cour d’appel fédérale. Le juge Nadon a déjà été inscrit au Barreau du Québec pendant plus de 10 ans, mais ne l’était plus au moment de sa nomination. Comme il n’était un juge ni de la Cour d’appel ni de la Cour supérieure de la province de Québec, il ne pouvait pas être nommé à ce titre. Il s’agit donc de déterminer plus précisément s’il était admissible à une nomination à titre de personne qui a été autrefois membre du Barreau du Québec.

[4] À notre avis, il faut répondre à cette question par la négative : une personne actuellement juge à la Cour d’appel fédérale n’est pas admissible à être nommée en vertu de l’art. 6 « parmi les avocats de » la province de Québec. Ces termes exigent que la personne nommée soit un avocat inscrit au Barreau du Québec pendant au moins 10 ans au moment de sa nomination.

[5] Quant à la question du pouvoir du Parlement de légiférer pour imposer une interprétation de l’art. 6 et permettre ainsi la nomination d’un ancien membre du Barreau du Québec à l’un des postes de juge de la Cour réservés pour le Québec, nous sommes d’avis qu’il faut aussi y répondre par la négative. Les conditions de nomination fixées à l’art. 6 portent sur la composition de la Cour et bénéficient à ce titre d’une protection constitutionnelle. Selon l’al. 41d) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, toute modification portant sur la composition de la Cour suprême du Canada doit se faire par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l’assemblée législative de chaque province.

[6] The practical effect is that the appointment of Justice Nadon and his swearing-in as a judge of the Court were void *ab initio*. He remains a supernumerary judge of the Federal Court of Appeal.

## II. The Reference Questions

[7] On October 22, 2013, the Governor General in Council issued Order in Council P.C. 2013-1105 under s. 53 of the *Supreme Court Act*, which referred to this Court the following questions:

1. Can a person who was, at any time, an advocate of at least 10 years standing at the Barreau du Québec be appointed to the Supreme Court of Canada as a member of the Supreme Court from Quebec pursuant to sections 5 and 6 of the *Supreme Court Act*?

2. Can Parliament enact legislation that requires that a person be or has previously been a barrister or advocate of at least 10 years standing at the bar of a province as a condition of appointment as a judge of the Supreme Court of Canada or enact the annexed declaratory provisions as set out in clauses 471 and 472 of the Bill entitled *Economic Action Plan 2013 Act, No. 2*?

[8] These questions concern the proper interpretation of ss. 5 and 6 of the *Supreme Court Act* and Parliament's authority to amend them. Our opinion, issued pursuant to s. 53(4) of the Act, limits itself to the legal and jurisdictional issues necessary to answer the questions. We are not asked about nor opine on the advantages or disadvantages of the eligibility requirements codified in ss. 5 and 6 of the Act and possible changes to them.

## III. Background

[9] On September 30, 2013, the Prime Minister of Canada announced the nomination of Justice Marc Nadon, a supernumerary judge of the Federal Court of Appeal, to the Supreme Court of Canada. On October 3, 2013, by Order in Council P.C. 2013-1050, Justice Nadon was named a judge of the Supreme

[6] Ces conclusions signifient, concrètement, que la nomination du juge Nadon et son assermentation comme juge de la Cour sont nulles *ab initio*. Le juge Nadon demeure juge surnuméraire de la Cour d'appel fédérale.

## II. Les questions soumises par renvoi

[7] Le 22 octobre 2013, le gouverneur général en conseil a pris le décret C.P. 2013-1105 en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* afin de soumettre les questions suivantes au jugement de la Cour :

1. Une personne qui a autrefois été inscrite comme avocat pendant au moins dix ans au Barreau du Québec peut-elle être nommée à la Cour suprême du Canada à titre de juge de la Cour suprême pour le Québec conformément aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*?

2. Le Parlement peut-il légiférer pour exiger, à titre de condition de sa nomination au poste de juge de la Cour suprême du Canada, qu'une personne soit ou ait été inscrite comme avocat au barreau d'une province pendant au moins dix ans ou adopter des dispositions déclaratoires telles que celles prévues aux articles 471 et 472 du projet de loi intitulé *Loi n° 2 sur le plan d'action économique de 2013*, ci-annexé?

[8] Ces questions portent sur l'interprétation juste des art. 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême* et sur le pouvoir du Parlement de les modifier. Notre avis, donné en vertu du par. 53(4) de la Loi, se limite aux questions de droit et de compétence qu'il faut nécessairement trancher pour y répondre. On ne nous demande pas notre avis et nous ne nous prononçons pas sur les avantages ou les inconvénients des conditions de nomination codifiées aux art. 5 et 6 de la Loi ni sur les modifications qui pourraient y être apportées.

## III. Contexte

[9] Le 30 septembre 2013, le premier ministre du Canada a annoncé la nomination à la Cour suprême du Canada du juge Marc Nadon, juge surnuméraire de la Cour d'appel fédérale. Le 3 octobre 2013, le juge Nadon a été nommé juge à la Cour suprême du Canada par le décret C.P. 2013-1050, afin de



Court of Canada, replacing Justice Morris Fish as one of the three judges appointed from Quebec pursuant to s. 6 of the *Supreme Court Act*. He was sworn in as a member of the Court on the morning of October 7, 2013.

[10] The same day, the appointment was challenged by an application before the Federal Court of Canada: Federal Court File No. T-1657-13. Justice Nadon decided not to participate in any matters before the Court.

[11] On October 22, 2013, the Governor General in Council referred the two questions set out earlier to this Court for hearing and consideration pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*. On the same day, Bill C-4, *Economic Action Plan 2013 Act, No. 2*, was introduced in the House of Commons. Clauses 471 and 472 of Bill C-4 proposed to amend the *Supreme Court Act* by adding ss. 5.1 and 6.1. These provisions were subsequently passed and received Royal Assent on December 12, 2013: S.C. 2013, c. 40. The new s. 6.1 seeks to make it clear that a former member of the Quebec bar is eligible for appointment under s. 6.

[12] Sections 5, 5.1, 6 and 6.1 of the Act now read as follows:

**5.** Any person may be appointed a judge who is or has been a judge of a superior court of a province or a barrister or advocate of at least ten years standing at the bar of a province.

**5.1** For greater certainty, for the purpose of section 5, a person may be appointed a judge if, at any time, they were a barrister or advocate of at least 10 years standing at the bar of a province.

**6.** At least three of the judges shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province.

**6.1** For greater certainty, for the purpose of section 6, a judge is from among the advocates of the Province of Quebec if, at any time, they were an advocate of at least 10 years standing at the bar of that Province.

remplacer le juge Morris Fish à titre de l'un des trois juges provenant du Québec nommés conformément à l'art. 6 de la *Loi sur la Cour suprême*. Le juge Nadon a prêté serment comme juge de la Cour le 7 octobre 2013, en avant-midi.

[10] Le même jour, cette nomination a été contestée par une requête présentée devant la Cour fédérale du Canada : dossier de la Cour fédérale n° T-1657-13. Le juge Nadon a alors décidé de ne pas participer aux dossiers examinés par la Cour.

[11] Le 22 octobre 2013, le gouverneur général en conseil a soumis les deux questions énoncées précédemment au jugement de la Cour en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*. Le même jour, le projet de loi C-4, intitulé *Loi n° 2 sur le plan d'action économique de 2013*, a été déposé à la Chambre des communes. Les articles 471 et 472 du projet de loi C-4 modifiaient la *Loi sur la Cour suprême* par l'adjonction des art. 5.1 et 6.1. Ces dispositions ont par la suite été adoptées et ont reçu la sanction royale le 12 décembre 2013 : L.C. 2013, ch. 40. Le nouvel art. 6.1 précise qu'un ancien membre du Barreau du Québec peut être nommé à la Cour en vertu de l'art. 6.

[12] Les articles 5, 5.1, 6 et 6.1 de la Loi sont actuellement libellés comme suit :

**5.** Les juges sont choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure provinciale et parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans au barreau d'une province.

**5.1** Pour l'application de l'article 5, il demeure entendu que les juges peuvent être choisis parmi les personnes qui ont autrefois été inscrites comme avocat pendant au moins dix ans au barreau d'une province.

**6.** Au moins trois des juges sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci.

**6.1** Pour l'application de l'article 6, il demeure entendu que les juges peuvent être choisis parmi les personnes qui ont autrefois été inscrites comme avocat pendant au moins dix ans au barreau de la province de Québec.

IV. Question 1A. *The Issue*

1. Can a person who was, at any time, an advocate of at least 10 years standing at the Barreau du Québec be appointed to the Supreme Court of Canada as a member of the Supreme Court from Quebec pursuant to sections 5 and 6 of the *Supreme Court Act*?

[13] Section 5 of the *Supreme Court Act* sets out the general eligibility requirements for appointment to the Supreme Court of Canada by creating four groups of people who are eligible for appointment: (1) current judges of a superior court of a province, including courts of appeal, (2) former judges of such a court, (3) current barristers or advocates of at least 10 years standing at the bar of a province, and (4) former barristers or advocates of at least 10 years standing.

[14] Section 6 of the Act sets out the specific eligibility requirements for appointment to the Supreme Court as a judge for the province of Quebec. The provision expressly identifies two categories of people who are eligible for appointment: (1) judges of the Court of Appeal and Superior Court of Quebec, and (2) members of the Quebec bar.

[15] The question in this reference is whether the second category in s. 6 of the Act encompasses both current *and* former members of the Quebec bar, or whether it limits eligibility to current members of the bar. Justice Nadon does not belong to the first category — he was not a judge of the Court of Appeal or of the Superior Court of Quebec — and was not a current member of the Quebec bar at the time of his appointment. He is, however, a former member of the Quebec bar of more than 10 years standing. His eligibility for appointment thus turns on the scope of the second category — i.e. on whether a person is eligible for appointment to the Supreme Court of Canada under s. 6 of the Act on the basis of former membership of the Quebec bar.

IV. Question 1A. *La question*

1. Une personne qui a autrefois été inscrite comme avocat pendant au moins dix ans au Barreau du Québec peut-elle être nommée à la Cour suprême du Canada à titre de juge de la Cour suprême pour le Québec conformément aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*?

[13] L'article 5 de la *Loi sur la Cour suprême* fixe les conditions générales de nomination à la Cour suprême du Canada en créant quatre groupes de personnes admissibles à une nomination : (1) les juges actuels d'une cour supérieure, et notamment d'une cour d'appel, d'une province, (2) les anciens juges d'une telle cour, (3) les avocats actuels inscrits pendant au moins 10 ans au barreau d'une province, (4) les anciens avocats inscrits au barreau d'une province pendant au moins 10 ans.

[14] L'article 6 de la Loi fixe les conditions particulières auxquelles une personne doit répondre pour être nommée juge de la Cour suprême pour la province de Québec. Il définit expressément deux catégories de personnes admissibles à une nomination : (1) les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec, et (2) les membres du Barreau du Québec.

[15] Dans le présent renvoi, on nous demande de décider si la deuxième catégorie définie à l'art. 6 englobe à *la fois* les avocats actuellement inscrits au Barreau du Québec *et* ceux qui y ont autrefois été inscrits, ou si l'admissibilité à une nomination se limite aux membres actuels du barreau. Le juge Nadon n'appartient pas à la première catégorie — il n'était juge ni de la Cour d'appel ni de la Cour supérieure du Québec — et n'était pas membre du Barreau du Québec au moment de sa nomination. Il a toutefois été autrefois un avocat inscrit au Barreau du Québec pendant plus de 10 ans. Son admissibilité à une nomination dépend donc des limites de la deuxième catégorie — c'est-à-dire si une personne peut être nommée à la Cour suprême en vertu de l'art. 6 en sa qualité d'ancien membre du Barreau du Québec.

[16] The Attorney General of Canada submits that s. 5 sets out the general eligibility criteria and allows both former and current members of the bar to be appointed to the Supreme Court. In his view, s. 6 does not restrict or otherwise substantively modify these criteria; rather, it functions to ensure that judges appointed for Quebec fulfil the general eligibility requirements in the province of Quebec.

[17] In our view, s. 6 narrows the pool from the four groups of people who are eligible under s. 5 to two groups who are eligible under s. 6. By specifying that three judges shall be selected from among the members of a specific list of institutions, s. 6 requires that persons appointed to the three Quebec seats must, in addition to meeting the general requirements of s. 5, be current members of these institutions.

[18] We come to this conclusion for four main reasons. First, the plain meaning of s. 6 has remained consistent since the original version of that provision was enacted in 1875, and it has always excluded former advocates. Second, this interpretation gives effect to important differences in the wording of ss. 5 and 6. Third, this interpretation of s. 6 advances its dual purpose of ensuring that the Court has civil law expertise and that Quebec's legal traditions and social values are represented on the Court *and* that Quebec's confidence in the Court be maintained. Finally, this interpretation is consistent with the broader scheme of the *Supreme Court Act* for the appointment of *ad hoc* judges.

#### B. *General Principles of Interpretation*

[19] The *Supreme Court Act* was enacted in 1875 as an ordinary statute under the authority of s. 101 of the *Constitution Act, 1867* (S.C. 1875, c. 11). However, as we explain below, Parliament's authority to amend the Act is now limited by the Constitution. Sections 5 and 6 of the *Supreme Court Act* reflect an essential feature of the Supreme Court of Canada — its composition — which is constitutionally protected under Part V of the

[16] Le procureur général du Canada soutient que l'art. 5 fixe les critères d'admissibilité généraux et permet de nommer les avocats, actuels et anciens, à la Cour suprême. Selon lui, l'art. 6 ne restreint pas ces critères ni ne les modifie autrement sur le fond : il a plutôt pour objectif de garantir que les juges nommés pour le Québec remplissent les conditions de nomination générales dans la province de Québec.

[17] À notre avis, l'art. 6 réduit à deux groupes le bassin des personnes admissibles, qui comprend quatre groupes en vertu de l'art. 5. En précisant que trois juges doivent être choisis parmi les membres d'institutions expressément énumérées, l'art. 6 exige que les personnes nommées aux trois postes de juge réservés pour le Québec soient choisies parmi les membres actuels de ces institutions, en plus de répondre aux conditions générales fixées à l'art. 5.

[18] Notre conclusion s'appuie sur quatre motifs principaux. Premièrement, le sens ordinaire de l'art. 6 est demeuré constant depuis la version originale de cette disposition édictée en 1875 et il a toujours exclu les anciens avocats. Deuxièmement, cette interprétation reflète des différences importantes dans la formulation des art. 5 et 6. Troisièmement, cette interprétation de l'art. 6 favorise son double objet qui consiste à garantir que la Cour possède une expertise en droit civil et que les traditions juridiques et les valeurs sociales du Québec y soient représentées *et* à préserver la confiance du Québec envers la Cour. Enfin, cette interprétation respecte l'économie générale de la *Loi sur la Cour suprême* au sujet de la nomination de juges suppléants.

#### B. *Principes généraux d'interprétation*

[19] La *Loi sur la Cour suprême* a été édictée en 1875 à titre de loi ordinaire relevant du pouvoir de légiférer conféré par l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (S.C. 1875, ch. 11). Toutefois, comme nous l'expliquons plus loin, la Constitution limite maintenant le pouvoir du Parlement de modifier la Loi. En effet, les art. 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême* contiennent une caractéristique essentielle de la Cour suprême du Canada

*Constitution Act, 1982*. As such, they must be interpreted in a broad and purposive manner and understood in their proper linguistic, philosophic and historical context: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344.

### C. *Legislative History of Sections 5 and 6*

[20] The eligibility requirements for appointments from Quebec are the result of the historic bargain that gave birth to the Court in 1875. Sections 5 and 6 in the current Act descend from the original eligibility provision found in s. 4 of the 1875 Act. It is therefore useful to review the legislative history of the eligibility provisions. As we shall discuss, only the 1886 amendment to the Act substantively changed the general eligibility requirements for appointment to the Court under what is now s. 5. There have been no substantive changes to the criteria for appointments from Quebec since the Act was introduced in 1875.

[21] The 1875 Act set out in a single provision the appointment process, the number of judges (one chief justice and five puisne judges), the general eligibility requirements, and the specification that two judges shall come from the bench or bar of Quebec: s. 4. The portion of s. 4 that evolved into ss. 4, 5 and 6 of the current Act stated:

4. [Qualification of Chief Justice and Judges, respectively.] Her Majesty may appoint, by letters patent, under the Great Seal of Canada, one person, who is, or has been, a Judge of one of the Superior Courts in any of the Provinces forming part of the Dominion of Canada, or who is a Barrister or Advocate of at least ten years' standing at the Bar of any one of the said Provinces, to be Chief Justice of the said Court, and five persons who are, or have been, respectively, Judges of one of the said Superior Courts, or who are Barristers or Advocates of at least ten years' standing at the Bar of one of the said Provinces, to be Puisne Judges of the said Court, two of whom at least shall be taken from among the Judges of

— sa composition — que protège la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À ce titre, ils doivent être interprétés généreusement en fonction de leur objet et examinés dans leurs contextes linguistique, philosophique et historique : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-156; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344.

### C. *Historique législatif des art. 5 et 6*

[20] Les conditions de nomination des juges pour le Québec résultent de l'entente historique qui a permis la création de la Cour en 1875. Les articles 5 et 6 de la Loi actuelle tirent leur origine de la disposition initiale fixant les conditions de nomination à l'art. 4 de la Loi de 1875. Il est donc utile d'examiner l'historique législatif des dispositions fixant ces conditions. Nous verrons que seule la modification de 1886 a apporté un changement de fond aux conditions générales de nomination à la Cour aujourd'hui énoncées à l'art. 5. Par ailleurs, aucune modification de fond n'a été apportée aux critères de nomination des juges pour le Québec depuis l'entrée en vigueur de la Loi en 1875.

[21] La Loi de 1875 établissait dans une seule disposition le processus de nomination, le nombre de juges (un juge en chef et cinq juges puînés), les conditions de nomination générales et l'exigence que deux juges proviennent de la magistrature ou du barreau de la province de Québec : art. 4. Le volet de l'art. 4 à l'origine des art. 4, 5 et 6 de la Loi actuelle était ainsi libellé :

4. [Qualités exigées du juge en chef et des juges.] Sa Majesté pourra nommer, par lettres patentes sous le grand sceau du Canada, — comme juge en chef de cette cour, — une personne étant ou ayant été juge de l'une des cours supérieures dans quelqu'une des provinces formant la Puissance du Canada, ou un avocat ayant pratiqué pendant au moins dix ans au barreau de quelqu'une de ces provinces et, — comme juges puînés de cette cour, — cinq personnes étant ou ayant été respectivement juges de l'une de ces cours supérieures, ou étant avocats de pas moins de dix ans de pratique au barreau de quelqu'une de ces provinces, dont deux au moins seront pris parmi les juges de la Cour Supérieure ou de la Cour du Banc de la

the Superior Court or Court of Queen's Bench, or the Barristers or Advocates of the Province of Quebec;

4. [Qualités exigées du juge en chef et des juges.] Sa Majesté pourra nommer, par lettres patentes sous le grand sceau du Canada, — comme juge en chef de cette cour, — une personne étant ou ayant été juge de l'une des cours supérieures dans quelque'une des provinces formant la Puissance du Canada, ou un avocat ayant pratiqué pendant au moins dix ans au barreau de quelque'une de ces provinces, et, — comme juges puînés de cette cour, — cinq personnes étant ou ayant été respectivement juges de l'une de ces cours supérieures, ou étant avocats de pas moins de dix ans de pratique au barreau de quelque'une de ces provinces, dont deux au moins seront pris parmi les juges de la Cour Supérieure ou de la Cour du Banc de la Reine, ou parmi les procureurs ou avocats de la province de Québec;

This provision contemplated the appointment of only current lawyers to the Court, both for Quebec and for the rest of the country.

[22] The only substantive change to the eligibility requirements took place in 1886 as part of statutory revisions (R.S.C. 1886, c. 135). Section 4 was divided into several subsections, including ss. 4(2) and 4(3) setting out the general requirements for appointment and, more specifically, the requirements for Quebec appointments. Notably, the language in s. 4(2) (now s. 5) was broadened to encompass any person who “is or has been” (“*sera ou aura été*”) a barrister or advocate. Sections 4(2) and 4(3) read:

2. [Who may be appointed judge.] Any person may be appointed a judge of the court who is or has been a judge of a superior court of any of the Provinces of Canada, or a barrister or advocate of at least ten years' standing at the bar of any of the said Provinces:

3. [Judges from bar of Quebec.] Two at least of the judges of the court shall be appointed from among the judges of the Court of Queen's Bench, or of the Superior Court, or the barristers or advocates of the Province of Quebec:

2. [Qui pourra être nommé juge.] Pourra être nommé juge de la cour quiconque sera ou aura été juge d'une cour supérieure dans quelque'une des provinces du

Reine, ou parmi les procureurs ou avocats de la province de Québec;

4. [Qualification of Chief Justice and Judges, respectively.] Her Majesty may appoint, by letters patent, under the Great Seal of Canada, one person, who is, or has been, a Judge of one of the Superior Courts in any of the Provinces forming part of the Dominion of Canada, or who is a Barrister or Advocate of at least ten years' standing at the Bar of any one of the said Provinces, to be Chief Justice of the said Court, and five persons who are, or have been, respectively, Judges of one of the said Superior Courts, or who are Barristers or Advocates of at least ten years' standing at the Bar of one of the said Provinces, to be Puisne Judges of the said Court, two of whom at least shall be taken from among the judges of the Superior Court or Court of Queen's Bench or the Barristers or Advocates of the Province of Quebec;

Selon cette disposition, seules les personnes étant avocats au moment de leur nomination pouvaient être nommées à la Cour, tant pour le Québec que pour le reste du pays.

[22] Le seul changement de fond aux conditions de nomination a été apporté en 1886 lors de la révision des lois (S.R.C. 1886, ch. 135). L'article 4 a alors été divisé en plusieurs paragraphes, dont les par. 4(2) et 4(3) qui énonçaient les conditions de nomination générales et, plus particulièrement, les conditions de nomination des juges pour le Québec. En particulier, la formulation du par. 4(2) (maintenant l'art. 5) a été élargie pour inclure quiconque « sera ou aura été » (“*is or has been*”) un avocat. Voici les par. 4(2) et 4(3) :

2. [Qui pourra être nommé juge.] Pourra être nommé juge de la cour quiconque sera ou aura été juge d'une cour supérieure dans quelque'une des provinces du Canada, ou un avocat ayant pratiqué pendant au moins dix ans au barreau de quelque'une de ces provinces.

3. [Juges tirés du barreau de Québec.] Au moins deux des juges de la cour seront pris parmi les juges de la cour du Banc de la Reine ou de la cour Supérieure, ou parmi les avocats de la province de Québec.

2. [Who may be appointed judge.] Any person may be appointed a judge of the court who is or has been a judge of a superior court of any of the Provinces of Canada, or

Canada, ou un avocat ayant pratiqué pendant au moins dix ans au barreau de quelqu'une de ces provinces.

3. [Juges tirés du barreau de Québec.] Au moins deux des juges de la cour seront pris parmi les juges de la cour du Banc de la Reine ou de la cour Supérieure, ou parmi les avocats de la province de Québec.

[23] We have underlined key aspects of the wording in each official language of the revisions of 1886, which we will discuss below. The 1886 Act contemplated the appointment of current or former lawyers to the Court generally, but it did not change the more restrictive language for the Quebec appointments. The revisions of 1886 stipulated that where the effect of the revised statutes is different from that of the repealed laws, “the provisions contained in [the Revised Statutes] shall prevail”: *An Act respecting the Revised Statutes of Canada*, R.S.C. 1886, c. 4, s. 8.

[24] In 1906, ss. 4(2) and 4(3) became ss. 5 and 6, but no substantive changes were made: R.S.C. 1906, c. 139.

[25] In 1927, one judge was added for a total of seven judges on the Court, but the number of Quebec judges remained two: S.C. 1926-27, c. 38, s. 1; R.S.C. 1927, c. 35, ss. 4 and 6. The Court was enlarged again in 1949, when the number of judges of the Court increased to nine and the ratio of Quebec judges was preserved by increasing their number to three: *An Act to amend the Supreme Court Act*, S.C. 1949 (2nd Sess.), c. 37, s. 1.

[26] The current text of ss. 5 and 6 dates to the statutory revisions of 1985. These revisions changed the French wording of ss. 5 and 6, creating an ambiguity that will be discussed below, but did not change the English wording. Parliament did not intend any substantive changes at this time: *Legislation Revision and Consolidation Act*, R.S.C. 1985, c. S-20, s. 6. The 1985 text provides:

5. [Who may be appointed judges.] Any person may be appointed a judge who is or has been a judge of a

a barrister or advocate of at least ten years' standing at the bar of any of the said Provinces :

3. [Judges from bar of Quebec.] Two at least of the judges of the court shall be appointed from among the judges of the Court of Queen's Bench, or of the Superior Court, or the barristers or advocates of the Province of Quebec :

[23] Nous avons souligné, dans chacune des deux langues officielles, les termes clés des dispositions révisées de 1886 que nous allons maintenant examiner. La Loi de 1886 prévoyait la nomination des avocats, actuels et anciens, à la Cour en général, mais elle n'a pas modifié le langage plus restrictif employé à propos de la nomination des juges pour le Québec. De plus, dans la refonte de 1886, il était précisé que, dans le cas où l'effet des statuts révisés serait différent de celui des lois abrogées, les « dispositions [des statuts révisés] prévaudront » : *Acte concernant les statuts révisés du Canada*, S.R.C. 1886, ch. 4, art. 8.

[24] En 1906, les par. 4(2) et 4(3) sont devenus les art. 5 et 6, mais sans qu'aucun changement de fond ne soit apporté : S.R.C. 1906, ch. 139.

[25] En 1927, on a ajouté un juge à la composition de la Cour pour porter le nombre de juges à sept au total, mais on a maintenu à deux le nombre de juges pour le Québec : S.C. 1926-27, ch. 38, art. 1; S.R.C. 1927, ch. 35, art. 4 et 6. Le nombre de juges de la Cour a été augmenté à nouveau en 1949, pour être porté à neuf. On a préservé la proportion de juges pour le Québec, en faisant passer leur nombre à trois : *Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, S.C. 1949 (2<sup>e</sup> sess.), ch. 37, art. 1.

[26] Le libellé actuel des art. 5 et 6 remonte à la révision des textes législatifs de 1985. Le libellé de la version française des art. 5 et 6 a alors subi un changement qui a créé une ambiguïté dont nous traiterons plus loin, tandis que la version anglaise est demeurée identique. À ce moment, le Parlement n'avait pas l'intention d'apporter de changements de fond à la Loi : la *Loi sur la révision et la codification des textes législatifs*, L.R.C. 1985, ch. S-20, art. 6. Voici le texte de la Loi de 1985 :

5. [Conditions de nomination.] Les juges sont choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure

superior court of a province or a barrister or advocate of at least ten years standing at the bar of a province.

6. [Three judges from Quebec.] At least three of the judges shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province.

5. [Conditions de nomination.] Les juges sont choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure provinciale et parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans au barreau d'une province.

6. [Représentation du Québec.] Au moins trois des juges sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci.

[27] In summary, other than the increase from two Quebec judges to three in s. 6, there have been no substantive amendments to ss. 5 and 6 between the 1886 revisions, which explicitly took precedence over the previous version, and the version currently in force.

#### D. Section 5

[28] To repeat, s. 5 of the Act sets out the eligibility requirements that apply generally to appointments to the Court. The section creates four groups of people who are eligible for appointment: (1) current judges of a superior court of a province, including courts of appeal; (2) former judges of such a court; (3) current barristers or advocates of at least 10 years standing at the bar of a province; and (4) former barristers or advocates of at least 10 years standing. Thus, the section authorizes the appointment to the Court of current *or* former barristers or advocates of at least 10 years standing at the bar of a province.

[29] The English version of s. 5 is unambiguous. The specification “is or has been” clearly applies to both judges of a superior court of a province *and* barristers or advocates of at least 10 years standing at the bar of a province. This is confirmed by the provision’s legislative history. Under the 1875 Act, appointments were limited to persons “who are, or have been, respectively, Judges of one of the said Superior Courts, or who are Barristers or Advocates”:

provinciale et parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans au barreau d'une province.

6. [Représentation du Québec.] Au moins trois des juges sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci.

5. [Who may be appointed judges.] Any person may be appointed a judge who is or has been a judge of a superior court of a province or a barrister or advocate of at least ten years standing at the bar of a province.

6. [Three judges from Quebec.] At least three of the judges shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province.

[27] En résumé, hormis l'augmentation du nombre de juges pour le Québec, qui est passé de deux à trois dans l'art. 6, aucun changement de fond n'a été apporté aux art. 5 et 6 entre la révision de 1886, qui prévalait expressément sur la version antérieure, et la version de la Loi actuellement en vigueur.

#### D. L'article 5

[28] Rappelons que l'art. 5 de la Loi fixe les conditions de nomination générales à la Cour. Cet article crée quatre groupes de personnes qui peuvent être nommées : (1) les juges actuels d'une cour supérieure, et notamment d'une cour d'appel, d'une province; (2) les anciens juges d'une telle cour; (3) les avocats actuels inscrits pendant au moins 10 ans au barreau d'une province; (4) les anciens avocats inscrits au barreau d'une province pendant au moins 10 ans. En conséquence, cette disposition permet généralement la nomination à la Cour des avocats, actuels *ou* anciens, inscrits pendant au moins 10 ans au barreau d'une province.

[29] La version anglaise de l'art. 5 ne soulève aucune ambiguïté. Les termes « *is or has been* » s'appliquent manifestement *à la fois* aux juges d'une cour supérieure provinciale *et* aux avocats inscrits pendant au moins 10 ans au barreau d'une province. L'historique législatif de cette disposition le confirme. La Loi de 1875 limitait les nominations aux personnes « étant ou ayant été respectivement juges de l'une de ces cours supérieures, ou étant

s. 4. The 1875 Act excluded former advocates from appointment. It permitted the appointment of current or former judges and current, but not former, advocates. As part of statutory revisions of 1886, however, the specification “is or has been” was extended to both judges and advocates, thereby including former advocates as a fourth category of eligible candidates. As we have observed, the changes made under the 1886 statutory revision were intended to have substantive effect.

[30] To the extent that there are ambiguities in the French version of s. 5, they were created by the 1985 revision. Prior to 1985, the wording of the French text (“*est ou a été*”) closely mirrored that of the English text (“is or has been”). Between 1886 and 1985, both versions plainly encompassed current as well as former advocates. The English version continues to do so. The French version now requires the selection of judges “*parmi les juges, actuels ou anciens*” or “*parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans*”. It might be suggested that the current wording excludes advocates who are not current members of the bar, because the specification “*actuels ou anciens*” is not applied to them. We reject this argument.

[31] The 1985 change to the French version of s. 5 did not change its meaning. This amendment was part of statutory revisions which were not intended to effect substantive change: s. 6 of the *Legislation Revision and Consolidation Act*; *Sarvanis v. Canada*, 2002 SCC 28, [2002] 1 S.C.R. 921, at para. 13. In short, the meaning of the text of the English and French versions remains the same as before the 1985 revision.

[32] We reach the same conclusion by applying the shared meaning rule of bilingual interpretation, which requires that where the words of one version may raise an ambiguity, one should look to the other official language version to determine whether its meaning is plain and unequivocal: Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 99-116; Pierre-André Côté, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu

avocats » : art. 4. La Loi de 1875 excluait les anciens avocats. Elle permettait la nomination des juges, actuels et anciens, ainsi que des avocats actuels, à l'exclusion des anciens avocats. Toutefois, dans la formulation adoptée lors de la révision de 1886, les termes « quiconque sera ou aura été » s'appliquent tant aux juges qu'aux avocats, de sorte que les anciens avocats forment une quatrième catégorie de personnes admissibles. Comme nous l'avons déjà précisé, les modifications législatives apportées lors de la révision de 1886 étaient conçues pour avoir un effet substantiel sur les textes.

[30] Si la version française de l'art. 5 soulève maintenant des ambiguïtés, celles-ci ont été créées par la révision de 1985. Auparavant, le texte français (« est ou a été ») suivait le texte anglais de près (« is or has been »). De 1886 à 1985, les deux versions incluaient nettement les avocats, actuels ou anciens. La version anglaise les comprend toujours. Toutefois, la version française exige maintenant que les juges soient choisis « parmi les juges, actuels ou anciens » ou « parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans ». Certains pourraient prétendre que la formulation actuelle exclut les avocats qui ne sont pas inscrits au barreau au moment de leur nomination, puisque les termes « actuels ou anciens » ne s'appliquent pas aux avocats. Nous rejetons cet argument.

[31] La modification apportée à la version française de l'art. 5 en 1985 n'en a pas changé la portée. Cette modification faisait partie de la révision des textes législatifs qui n'était pas censée en modifier le fond : art. 6 de la *Loi sur la révision et la codification des textes législatifs*; *Sarvanis c. Canada*, 2002 CSC 28, [2002] 1 R.C.S. 921, par. 13. Bref, les versions française et anglaise ont la même portée, comme c'était le cas avant la révision de 1985.

[32] Nous concluons de la même manière si nous appliquons la règle selon laquelle l'interprétation d'une loi bilingue exige la recherche du sens commun aux deux versions. En cas d'ambiguïté d'une version, il faut examiner la version rédigée dans l'autre langue officielle pour déterminer si elle est claire et non équivoque : Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 99-116; Pierre-André Côté, avec la collaboration de



Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at pp. 347-49; *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, at para. 28. The English version of the text is unambiguous in its inclusion of former advocates for appointment, while the French version is reasonably capable of two interpretations: one which excludes former advocates from appointment, and one which includes them. The meaning common to both versions is only found in the unambiguous English version, which is therefore the meaning we should adopt.

[33] Finally, the inclusion of former advocates of at least 10 years standing at the bar is consistent with the purpose of s. 5, which is to ensure that appointees to the Court have adequate legal experience.

[34] In the result, judges of the Federal Court or Federal Court of Appeal will generally qualify for appointment under s. 5 on the basis that they were formerly barristers or advocates of at least 10 years standing.

#### E. *Section 6*

[35] Section 6 specifies that at least three of the nine judges appointed to the Court “shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province” (“*sont choisis parmi les juges de la Cour d’appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci*”).

[36] The Attorney General of Canada argues that ss. 5 and 6 must be read together as complementary provisions, so that the requirement of at least 10 years standing at the bar applies to appointments from Quebec. Since s. 6 makes no reference to how many years an appointee must have been at the bar, reading it without s. 5 would lead to the absurd result that a highly inexperienced lawyer would be eligible for appointment to the Court, the Attorney General says.

[37] We agree that ss. 5 and 6 must be read together. We also agree that the requirement of at

Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), p. 375-377; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217, par. 28. La version anglaise de la loi permet sans équivoque la nomination d’anciens avocats, alors que la version française peut raisonnablement recevoir deux interprétations : une qui exclut les anciens avocats comme personnes admissibles à une nomination et une qui les inclut. Le sens commun aux deux versions se trouve uniquement dans la version anglaise non équivoque, dont nous devons dès lors retenir le sens.

[33] Enfin, l’inclusion des anciens avocats inscrits pendant au moins 10 ans au barreau est compatible avec l’objet de l’art. 5, qui consiste à garantir que les personnes nommées à la Cour possèdent une expérience suffisante de la pratique du droit.

[34] En conséquence, les juges de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale satisfont généralement aux conditions de nomination fixées à l’art. 5, puisqu’ils ont été autrefois des avocats inscrits au barreau pendant au moins 10 ans.

#### E. *L’article 6*

[35] L’article 6 précise qu’au moins trois des neuf juges nommés à la Cour « sont choisis parmi les juges de la Cour d’appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci » (« *shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province* »).

[36] Le procureur général du Canada plaide que les art. 5 et 6 doivent être lus en corrélation comme des dispositions complémentaires, de sorte que l’inscription pendant au moins 10 ans au barreau s’applique aux nominations des juges pour le Québec. De l’avis du procureur général, comme l’art. 6 ne précise pas le nombre d’années pendant lesquelles la personne nommée doit avoir été inscrite au barreau, interpréter l’art. 6 isolément de l’art. 5 mènerait à la conclusion absurde qu’un avocat de peu d’expérience pourrait être nommé à la Cour.

[37] Nous sommes d’accord pour affirmer que les art. 5 et 6 doivent être interprétés en corrélation.

least 10 years standing at the bar applies to appointments from Quebec. We disagree, however, with the Attorney General's ultimate conclusion that reading these provisions together in a complementary way permits the appointment of *former* advocates of at least 10 years standing to the Quebec seats on the Court. Section 6 does not displace the general requirements under s. 5 that apply to all appointments to the Supreme Court. Rather, it makes additional specifications in respect of the three judges from Quebec. One of these is that they must currently be a member of the Quebec bar.

[38] We reach this conclusion based on the plain meaning and purpose of s. 6, and the surrounding statutory context.

(1) The Plain Meaning of Section 6

[39] The language of s. 5 is general (“[a]ny person may be appointed a judge”), whereas the language of s. 6 is restrictive (“[a]t least three of the judges shall be appointed from among”). As such, s. 6 limits the pool of candidates. It is undisputed that s. 6 does so geographically by requiring that the appointments be made from one of the listed institutions in Quebec. The issue is whether s. 6 also imposes a requirement of current membership in one of the listed institutions.

[40] The Attorney General of Canada argues that the plain meaning of s. 6 does not require current membership in the bar of Quebec. He submits that the phrase “from among” (“*parmi*” in French) does not contain a temporal element and, as a result, s. 6 imports s. 5's temporal specifications (“is or has been”).

[41] We do not agree. There is an important change in language between s. 5 and s. 6. Section 5 refers to both present and former membership in the listed institutions by using the words “is or has been” in the English version and “*actuels ou*

Nous sommes aussi d'avis que le minimum de 10 années d'inscription au barreau s'applique à la nomination des juges pour le Québec. Nous rejetons toutefois la conclusion ultime du procureur général du Canada selon laquelle l'interprétation de ces dispositions de manière complémentaire permet que d'*anciens* avocats inscrits au barreau pendant au moins 10 ans soient nommés aux postes de juge réservés pour le Québec. L'article 6 n'écarte pas les conditions de nomination générales fixées à l'art. 5, qui s'appliquent à toutes les nominations à la Cour suprême. Il y ajoute plutôt des conditions de nomination additionnelles applicables aux trois juges nommés pour le Québec. L'une d'elles exige que les personnes nommées soient inscrites au Barreau du Québec au moment de leur nomination.

[38] Cette conclusion s'appuie sur le sens ordinaire et l'objectif de l'art. 6, ainsi que sur le contexte législatif.

(1) Le sens ordinaire de l'art. 6

[39] L'article 5 est libellé en termes généraux (« [I]es juges sont choisis parmi »), tandis que l'art. 6 est libellé en termes restrictifs (« [a]u moins trois des juges sont choisis parmi »). Ainsi, l'art. 6 limite le bassin de candidats. Il n'est pas contesté que les limites fixées à l'art. 6 sont d'ordre géographique, car il exige que les personnes nommées appartiennent à l'une des institutions du Québec qui y sont énumérées. Il s'agit de savoir si l'art. 6 exige aussi qu'elles appartiennent à l'une des institutions du Québec qu'il énumère au moment de leur nomination.

[40] Le procureur général du Canada plaide que le sens ordinaire de l'art. 6 n'exige pas qu'une personne soit inscrite au Barreau du Québec au moment de sa nomination. Selon lui, le terme « parmi » (« *from among* » en anglais) ne comporte pas de sens temporel et, en conséquence, les termes « actuels ou anciens » (« *is or has been* » en anglais) qui ont un sens temporel dans l'art. 5 s'appliquent à l'art. 6.

[41] Nous ne sommes pas de cet avis. Les termes utilisés aux art. 5 et 6 sont très différents. L'article 5 renvoie à la fois aux membres actuels et aux anciens membres des institutions énumérées par l'utilisation des mots « actuels ou anciens » dans

*anciens*” in the French version. By contrast, s. 6 refers only to the pool of individuals who are presently members of the bar (“shall be appointed from among” and “*sont choisis parmi*”). The significance of this change is made clear by the plain meaning of the words used: the words “from among the judges” and “*parmi les juges*” do not mean “from among the former judges” and “*parmi les anciens juges*”, and the words “from among the advocates” and “*parmi les avocats*” do not mean “from among the former advocates” and “*parmi les anciens avocats*”.

[42] It is a principle of interpretation that the mention of one or more things of a particular class excludes, by implication, all other members of the class: Sullivan, at pp. 243-44. By enumerating the particular institutions in Quebec from which appointments shall be made, s. 6 excludes all other institutions. Similarly, by specifying that three judges shall be appointed “from among” the judges and advocates (i.e. members) of the identified institutions, s. 6 impliedly excludes former members of those institutions and imposes a requirement of current membership.

[43] The fact that ss. 5 and 6 originated in a single provision — s. 4 of the 1875 Act — does not undermine our interpretation, because the same textual observations could be made with respect to the original provision. Then, as now, the general requirements for appointment were phrased generally whereas the specification for Quebec judges was expressed more restrictively: “. . . two of whom at least shall be taken from among the Judges of the Superior Court or Court of Queen’s Bench, or the Barristers or Advocates of the Province of Quebec . . . .”

[44] Indeed, s. 4 of the 1875 Act adds weight to our conclusion that former advocates are excluded from appointment as Quebec judges. From 1875 until the revisions of 1886, eligibility extended to persons “who are, or have been, respectively, Judges . . . or who are Barristers or Advocates”. The Quebec requirement was first enacted alongside this general language, which clearly excluded

la version française et des mots « *is or has been* » dans la version anglaise. En revanche, l’art. 6 renvoie uniquement aux personnes qui sont membres du barreau au moment de leur nomination (« *sont choisis parmi* » et « *shall be appointed from among* »). Le sens ordinaire des termes utilisés indique clairement la signification de cette différence. Les mots « *parmi les juges* » et « *from among the judges* » ne signifient pas « *parmi les anciens juges* » et « *from among the former judges* ». De même, les mots « *parmi les avocats* » et « *from among the advocates* » ne signifient pas « *parmi les anciens avocats* » ou « *from among the former advocates* ».

[42] Un principe d’interprétation reconnaît que la mention d’un ou de plusieurs éléments d’une catégorie donnée exclut implicitement tous les autres éléments de cette catégorie : Sullivan, p. 243-44. En énumérant expressément les institutions du Québec parmi les membres desquelles les juges doivent être nommés, l’art. 6 exclut toutes les autres institutions. De même, en précisant que trois juges sont nommés « *parmi* » les juges et les avocats (c’est-à-dire les membres) des institutions énumérées, l’art. 6 exclut implicitement les anciens membres de ces institutions et impose une condition de contemporanéité de l’appartenance à celles-ci.

[43] Le fait que les art. 5 et 6 formaient à l’origine une seule disposition — l’art. 4 de la Loi de 1875 — n’ébranle pas notre interprétation, parce que les mêmes conclusions pourraient être tirées du texte de la disposition initiale. À l’époque, comme maintenant, les conditions de nomination générales étaient libellées en termes généraux, tandis que les précisions au sujet des juges pour le Québec étaient exprimées en termes restrictifs : “. . . dont deux au moins seront pris parmi les juges de la Cour Supérieure ou de la Cour du Banc de la Reine, ou parmi les procureurs ou avocats de la province de Québec . . . »

[44] En fait, l’art. 4 de la Loi de 1875 renforce notre conclusion selon laquelle les anciens avocats ne peuvent pas être nommés aux postes de juge pour le Québec. Entre 1875 et la révision de 1886, étaient admissibles les personnes « *étant ou ayant été respectivement juges [ . . . ] ou étant avocats* ». Les conditions de nomination des juges pour le Québec ont été édictées à l’origine parallèlement

former advocates from appointment. When the general requirements were broadened in 1886, rendering former advocates eligible, the wording of the Quebec requirement did not substantively change. With the exception of the increase from two judges to three in 1949, the wording of the Quebec requirement has remained substantively unchanged since 1875. Absent any express intention to amend the Quebec requirement since its enactment in 1875, we find that s. 6 retains its original meaning and excludes the appointment of former Quebec advocates to the designated Quebec seats. The requirement of current membership in the Quebec bar has been in place — unambiguous and unchanged — since 1875.

[45] In summary, on a plain reading, s. 5 creates four groups of people eligible for appointment: current and former judges of a superior court and current and former barristers or advocates of at least 10 years standing at the bar. But s. 6 imposes a requirement that persons appointed to the three Quebec seats must, in addition to meeting the general requirements of s. 5, be current members of the listed Quebec institutions. Thus, s. 6 narrows eligibility to only two groups for Quebec appointments: current judges of the Court of Appeal or Superior Court of Quebec and current advocates of at least 10 years standing at the bar of Quebec.

## (2) The Purpose of Section 6

[46] This textual analysis is consistent with the underlying purpose of s. 6. The Attorney General of Canada submits that the purpose of s. 6 is simply to ensure that three members of this Court are trained and experienced in Quebec civil law and that this purpose is satisfied by appointing either current or former Quebec advocates, both of whom would have civil law training and experience.

à ces termes généraux, qui excluaient manifestement les anciens avocats. Lorsque les conditions de nomination générales ont été assouplies en 1886 pour permettre la nomination d'anciens avocats, les conditions de nomination aux postes de juge pour le Québec n'ont pas été modifiées sur le fond. Hormis l'augmentation du nombre de juges qui est passé de deux à trois en 1949, les conditions de nomination aux postes de juge pour le Québec sont demeurées inchangées sur le fond depuis 1875. En l'absence d'intention expresse de modifier les conditions de nomination des juges pour le Québec depuis qu'elles ont été édictées en 1875, nous concluons que l'art. 6 a conservé le même sens qu'à l'origine et qu'il exclut la nomination d'anciens avocats aux postes de juge réservés pour le Québec. La condition de contemporanéité existe sans équivoque depuis 1875 et n'a jamais été modifiée.

[45] En résumé, selon le sens ordinaire des termes utilisés, l'art. 5 crée quatre groupes de personnes admissibles à une nomination : les juges, actuels et anciens, d'une cour supérieure et les avocats, actuels et anciens, inscrits au barreau d'une province pendant au moins 10 ans. Toutefois, l'art. 6 impose une condition additionnelle en exigeant que les personnes nommées aux trois postes de juge réservés pour le Québec soient membres des institutions énumérées de la province de Québec au moment de leur nomination, en plus de satisfaire aux conditions générales fixées à l'art. 5. Ainsi, l'art. 6 restreint à seulement deux groupes le bassin de candidats à une nomination pour le Québec : les juges actuels de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec et les avocats actuels inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec.

## (2) L'objet de l'art. 6

[46] Cette analyse textuelle respecte l'objectif sous-jacent de l'art. 6. Le procureur général du Canada plaide que l'art. 6 vise seulement à garantir que trois membres de notre Cour possèdent une formation et de l'expérience en droit civil québécois. Il soutient que la nomination d'avocats du Québec, actuels ou anciens, qui posséderaient de toute façon une formation et de l'expérience en droit civil, permet de réaliser cet objectif.

[47] While the Attorney General of Canada's submissions capture an important purpose of the provision, a review of the legislative history reveals an additional and broader purpose.

[48] Section 6 reflects the historical compromise that led to the creation of the Supreme Court. Just as the protection of minority language, religion and education rights were central considerations in the negotiations leading up to Confederation (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (“*Secession Reference*”), at paras. 79-82), the protection of Quebec through a minimum number of Quebec judges was central to the creation of this Court. A purposive interpretation of s. 6 must be informed by and not undermine that compromise.

[49] The purpose of s. 6 is to ensure not only civil law training and experience on the Court, but also to ensure that Quebec's distinct legal traditions and social values are represented on the Court, thereby enhancing the confidence of the people of Quebec in the Supreme Court as the final arbiter of their rights. Put differently, s. 6 protects both the *functioning* and the *legitimacy* of the Supreme Court as a general court of appeal for Canada. This broader purpose was succinctly described by Professor Russell in terms that are well supported by the historical record:

. . . the antipathy to having the Civil Code of Lower Canada interpreted by judges from an alien legal tradition was not based merely on a concern for legal purity or accuracy. It stemmed more often from the more fundamental premise that Quebec's civil-law system was an essential ingredient of its distinctive culture and therefore it required, as a matter of *right*, judicial custodians imbued with the methods of jurisprudence and social values integral to that culture. [Emphasis in original.]

(Peter H. Russell, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution* (1969), at p. 8)

[47] Bien que les arguments du procureur général du Canada fassent ressortir un objectif important de l'art. 6, un examen de l'historique législatif révèle que cette disposition possède un objectif additionnel de caractère plus général.

[48] En effet, l'art. 6 exprime le compromis historique qui a mené à la création de la Cour suprême. Tout comme la protection des droits linguistiques, religieux et scolaires de minorités constituait une considération majeure dans les négociations qui ont mené à la Confédération (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (« *Renvoi sur la sécession* »), par. 79-82), la protection du Québec par un nombre minimum de juges du Québec constituait un enjeu majeur de la création de la Cour. Une interprétation téléologique de l'art. 6 doit refléter la conclusion de ce compromis et non saper celui-ci.

[49] L'objectif de l'art. 6 est de garantir que non seulement des juristes civilistes expérimentés siègent à la Cour, mais également que les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec y soient représentées, pour renforcer la confiance des Québécois envers la Cour en tant qu'arbitre ultime de leurs droits. Autrement dit, l'art. 6 protège à la fois le *fonctionnement* et la *légitimité* de la Cour suprême dans sa fonction de cour générale d'appel pour le Canada. Le professeur Russell a décrit succinctement cet objectif plus général en des termes que l'histoire justifie :

[TRADUCTION] . . . l'antipathie pour l'idée que des juges d'une tradition juridique étrangère interprètent le Code civil du Bas-Canada ne reposait pas simplement sur une préoccupation à l'égard de la pureté ou de la justesse du droit. Elle découlait plus souvent de la prémisse plus fondamentale que le système de droit civil du Québec constituait un ingrédient essentiel de sa culture distinctive et devait par conséquent, de *droit*, être protégé par des juges empreints des pratiques judiciaires et des valeurs sociales inhérentes à cette culture. [En italique dans l'original.]

(Peter H. Russell, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution* (1969), p. 8)

[50] At the time of Confederation, Quebec was reluctant to accede to the creation of a Supreme Court because of its concern that the Court would be incapable of adequately dealing with questions of the Quebec civil law (Ian Bushnell, *The Captive Court: A Study of the Supreme Court of Canada* (1992), at pp. 4-5; Russell, at pp. 8-9). Various Members of Parliament for Quebec expressed concerns about a “Supreme Tribunal of Appeal” that would be

composed of Judges, the great majority of whom would be unfamiliar with the civil laws of Quebec, which tribunal would be called upon to revise and would have the power to reverse the decisions of all their Quebec Courts . . . .

(*Debates of the House of Commons*, 2nd Sess., 3rd Parl. (“1875 Debates”), March 16, 1875, at p. 739, Henri-Thomas Taschereau, M.P. for Montmagny, Quebec)

[51] The bill creating the Supreme Court was passed only after amendments were made responding specifically to Quebec’s concerns. Most significantly, the amended bill that became the *Supreme Court Act* provided that two of the six judges “shall be taken from among the Judges of the Superior Court or Court of Queen’s Bench, or the Barristers or Advocates of the Province of Quebec”: s. 4 of the 1875 Act.

[52] In debating the proposed establishment of the Supreme Court in 1875, members of Parliament on both sides of the House of Commons were conscious of the particular situation of Quebec and the need to ensure civil law expertise on the Court. At second reading, Mr. Taschereau of the governing Liberal Party described Quebec’s special interest in the bill:

This interest arises out of the civil appellate jurisdiction proposed to be given to the Supreme Court, and of the peculiar position of that Province with regard to her institutions and her laws compared with those of the other Provinces. Situated as she is, no Province in the Dominion is so greatly interested as our own in

[50] À l’époque de la Confédération, le Québec hésitait à accepter la création d’une Cour suprême parce qu’il craignait qu’elle soit incapable de traiter adéquatement les questions de droit civil québécois (Ian Bushnell, *The Captive Court : A Study of the Supreme Court of Canada* (1992), p. 4-5; Russell, p. 8-9). Des députés fédéraux du Québec déclarèrent redouter qu’un « tribunal suprême d’appel » soit

composé de juges, dont la grande majorité ignorerait les lois civiles de Québec, lequel tribunal serait appelé à reviser et aurait le pouvoir de renverser les décisions de toutes leurs cours de Québec . . . .

(*Débats de la Chambre des communes*, 2<sup>e</sup> sess., 3<sup>e</sup> lég. (« *Débats de 1875* »), 16 mars 1875, p. 782-783, Henri-Thomas Taschereau, député de Montmagny, Québec)

[51] Le projet de loi créant la Cour suprême a été adopté seulement après que des amendements y furent apportés pour répondre spécifiquement aux préoccupations du Québec. Plus important encore, le projet de loi amendé qui est devenu la *Loi sur la Cour suprême* prévoyait que deux des six juges « seront pris parmi les juges de la Cour Supérieure ou de la Cour du Banc de la Reine, ou parmi les procureurs ou avocats de la province de Québec » : art. 4 de la Loi de 1875.

[52] Lors des débats entourant l’adoption du projet d’établissement de la Cour suprême en 1875, des députés des deux côtés de la Chambre étaient conscients de la situation particulière du Québec et de la nécessité d’assurer une expertise en droit civil à la Cour. Ainsi, en deuxième lecture, M. Taschereau, député du parti libéral alors au pouvoir, a décrit l’intérêt spécial du Québec à l’égard du projet de loi :

Cet intérêt provient du droit de juridiction en appel en matière civile que l’on se propose d’accorder à la Cour Suprême, et de la position particulière de cette province relativement à ses institutions et à ses lois comparées avec celles des autres provinces. Située comme elle l’est, il n’y a pas de province dans la Puissance aussi intéressée

the passage of the Act now under discussion, and which before many days are over, will form a most important chapter in the statute books of the Dominion.

(1875 *Debates*, March 16, 1875, at p. 738)

[53] Toussaint Antoine Rodolphe Laflamme introduced the provision for a minimum number of Quebec judges. He described the requirement as a matter of right for Quebec: “He understood if this Supreme Court was to regulate and definitely settle all the questions which involved the interests of Lower Canada, that Province was entitled to two of the six Judges” (1875 *Debates*, March 27, 1875, at p. 938). Mr. Laflamme reasoned that with two judges (one third) on the Supreme Court, Quebec “would have more and better safeguards than under the present system”, namely appeals to the Privy Council (*ibid.*). Téléspore Fournier, Minister of Justice and principal spokesman for the bill, argued that the two judges would contribute to the civil law knowledge of the bench as a whole: “. . . there will be among the Judges on the bench, men perfectly versed in the knowledge of the laws of that section of the Confederation, will be able to give the benefits of their lights to the other Judges sitting with them” (1875 *Debates*, March 16, 1875, at p. 754). David Mills, a supporter of the bill, defended the Quebec minimum against critics who attacked it as “sectionalist”. In his view, in light of the “entirely different system of jurisprudence” in Quebec, “it was only reasonable that she should have *security* that a portion of the Court would understand the system of law which it would be called upon to administer” (1875 *Debates*, March 30, 1875, at p. 972 (emphasis added)).

[54] Quebec’s confidence in the Court was dependent on the requirement of two (one third) Quebec judges. Jacques-Olivier Bureau, a Senator from Quebec, saw fit to “trust the rights of his compatriots . . . to this Supreme Court, as he considered their rights would be quite safe in a court of which two of the judges would have to be taken from the Bench

que la nôtre dans la passation de l’acte maintenant sous discussion, et qui avant que quelques jours ne se soient écoulés, formera un des chapitres les plus importants dans le livre des statuts de la Puissance.

(*Débats de 1875*, 16 mars 1875, p. 782)

[53] De même, Toussaint Antoine Rodolphe Laflamme, qui a présenté devant le Parlement la disposition prévoyant un nombre minimum de juges du Québec, a qualifié cette exigence de question de droit pour le Québec : « Il comprenait que si cette Cour Suprême devait régler et établir définitivement toutes les questions qui embrassaient les intérêts du Bas-Canada, cette province avait droit à deux juges sur les six » (*Débats de 1875*, 27 mars 1875, p. 993). Monsieur Laflamme estimait qu’avec deux juges (un tiers) à la Cour suprême, pour le Québec, « la clause serait une sauvegarde plus considérable et meilleure que sous le présent système », soit celui des appels au Conseil privé (*ibid.*). De son côté, Téléspore Fournier, le ministre de la Justice, principal porte-parole pour le projet de loi, a fait valoir que la connaissance du droit civil de ces deux juges bénéficierait à l’ensemble de la Cour : « . . . il y aura, parmi les juges sur le banc, des personnes parfaitement entendues dans la connaissance des lois de cette section de la Confédération, et ces personnes pourront donner le bénéfice de leurs lumières aux autres juges siégeant avec elles » (*Débats de 1875*, 16 mars 1875, p. 799). David Mills, qui appuyait le projet de loi, s’est fait le défenseur de la disposition réservant un nombre minimum de juges pour le Québec face aux critiques qui la taxaient d’« esprit de section ». Selon lui, compte tenu du « système de jurisprudence entièrement différent » au Québec, « il n’était que raisonnable qu’il eût une *garantie* qu’une portion de la cour comprît le système de lois qu’elle était appelée à administrer » (*Débats de 1875*, 30 mars 1875, p. 1030 (nous soulignons)).

[54] La confiance du Québec envers la Cour dépendait de la présence de deux juges (un tiers) originaires du Québec. Jacques-Olivier Bureau, un sénateur du Québec, a estimé justifié de [TRADUCTION] « confier les droits de ses concitoyens [. . .] à cette Cour suprême, puisqu’il considérait que leurs droits seraient en sécurité dans une cour dont

of that Province” (*Debates of the Senate*, 2nd Sess., 3rd Parl., April 5, 1875, at p. 713). The comments of Joseph-Aldéric Ouimet, Liberal-Conservative Member for Laval, also underline that it was a matter of confidence in the Court:

In Quebec an advocate must have ten years’ practice before he can be a Judge. The Judges from the other Provinces might have the finest intelligence and the best talent possible and yet not give such satisfaction to the people of Quebec as their own judiciary.

(1875 *Debates*, March 27, 1875, at p. 940)

[55] Government and opposition members alike saw the two seats (one third) for Quebec judges as a means of ensuring not only the functioning, but also the legitimacy of the Supreme Court as a federal and bijural institution.

[56] Viewed in this light, the purpose of s. 6 is clearly different from the purpose of s. 5. Section 5 establishes a broad pool of eligible candidates; s. 6 is more restrictive. Its exclusion of candidates otherwise eligible under s. 5 was intended by Parliament as a means of attaining the twofold purpose of (i) ensuring civil law expertise and the representation of Quebec’s legal traditions and social values on the Court, and (ii) enhancing the confidence of Quebec in the Court. Requiring the appointment of current members of civil law institutions was intended to ensure not only that those judges were qualified to represent Quebec on the Court, but that they were perceived by Quebecers as being so qualified.

[57] It might be argued that excluding former advocates of at least 10 years standing at the Quebec bar does not perfectly advance this twofold purpose because it might exclude from appointment candidates who have civil law expertise and who would in fact bring Quebec’s legal traditions and social values to the Court. In other words, it could be argued that our reading of s. 6 is under-inclusive when measured against the provision’s objectives.

deux des juges proviendraient de la magistrature de cette province » (*Debates of the Senate*, 2<sup>e</sup> sess., 3<sup>e</sup> lég., 5 avril 1875, p. 713). Les commentaires de Joseph-Aldéric Ouimet, député libéral-conservateur de Laval, soulignent également qu’il s’agissait d’une question de confiance envers la Cour :

Dans Québec un avocat doit avoir dix ans de pratique avant de pouvoir être nommé juge. Les juges des autres provinces pourraient avoir la plus belle intelligence et le plus beau talent possible et cependant ne pas donner autant de satisfaction au peuple de Québec que leur propre Banc Judiciaire.

(*Débats de 1875*, 27 mars 1875, p. 995)

[55] Les députés du gouvernement comme ceux de l’opposition ont considéré que l’attribution de deux postes de juge (un tiers) au Québec était un moyen d’assurer non seulement le bon fonctionnement, mais aussi la légitimité de la Cour suprême en tant qu’institution fédérale et bijuridique.

[56] Envisagé sous cet angle, l’objectif de l’art. 6 diffère manifestement de celui de l’art. 5. L’article 5 établit un vaste bassin de candidats admissibles; l’art. 6 est plus restrictif. Le Parlement considérait l’exclusion de candidats par ailleurs admissibles aux termes de l’art. 5 comme un moyen d’atteindre le double objectif de (i) garantir une expertise en droit civil et la représentation des traditions juridiques et des valeurs sociales du Québec à la Cour, et de (ii) renforcer la confiance du Québec envers la Cour. Exiger que des membres actuels des institutions de droit civil soient nommés garantissait non seulement que ces juges soient qualifiés pour représenter le Québec, mais que les Québécois les perçoivent ainsi.

[57] On pourrait prétendre que l’exclusion des anciens avocats inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec ne permet pas de réaliser parfaitement ce double objectif parce qu’elle risque d’exclure des candidats qui possèdent une expertise en droit civil et qui feraient effectivement bénéficier la Cour de leur connaissance des traditions juridiques et des valeurs sociales du Québec. En d’autres mots, on pourrait prétendre que notre interprétation de l’art. 6 est trop limitative au regard des objets de cette disposition.



[58] This argument is not convincing. Parliament could have adopted different criteria to achieve the twofold objectives of s. 6 — for instance by requiring a qualitative assessment of a candidate’s expertise in Quebec’s civil law and legal traditions — but instead it chose to advance the provision’s objectives by specifying objective criteria for appointment to one of the Quebec seats on the Court. In the final analysis, lawmakers must draw lines. The criteria chosen by Parliament might not achieve perfection, but they do serve to advance the provision’s purpose: see Michael Plaxton and Carissima Mathen, “Purposive Interpretation, Quebec, and the *Supreme Court Act*” (2013), 22 *Const. Forum* 15, at pp. 20-22.

[59] We earlier concluded that a textual interpretation of s. 6 excludes former advocates from appointment to the Court. We come to the same conclusion on purposive grounds. The underlying purpose of the general eligibility provision, s. 5, is to articulate minimum general requirements for the appointment of all Supreme Court judges. In contrast, the underlying purpose of s. 6 is to enshrine the historical compromise that led to the creation of the Court by narrowing the eligibility for the Quebec seats. Its function is to limit the Governor in Council’s otherwise broad discretion to appoint judges, in order to ensure expertise in civil law and that Quebec’s legal traditions and social values are reflected in the judges on the Supreme Court, and to enhance the confidence of the people of Quebec in the Court.

[60] In reaching this conclusion, we do not overlook or in any way minimize the civil law expertise of judges of the Federal Court and Federal Court of Appeal. For instance, s. 5.4 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, in many ways reflects s. 6 of the *Supreme Court Act* by requiring that a minimum number of judges on each court be drawn from Quebec institutions. The role of Quebec judges on the federal courts is a vital one. Nevertheless, s. 6 makes clear that judges of the federal courts are not, by virtue of being judges of those courts, eligible

[58] Cet argument n’est pas convaincant. Le législateur aurait pu retenir des critères différents pour réaliser le double objectif de l’art. 6 — en exigeant par exemple une évaluation qualitative de l’expertise des candidats en matière de droit civil et de traditions juridiques du Québec — mais il a plutôt choisi de favoriser la réalisation des objectifs de cette disposition en précisant des critères objectifs de nomination à un poste de la Cour réservé pour Québec. En dernière analyse, le législateur doit tracer la ligne. Les critères choisis par le législateur ne sont peut-être pas parfaits, mais ils favorisent la réalisation de l’objectif de cette disposition : voir Michael Plaxton et Carissima Mathen, « Purposive Interpretation, Quebec, and the *Supreme Court Act* » (2013), 22 *Const. Forum* 15, p. 20-22.

[59] Nous avons déjà conclu qu’une interprétation textuelle de l’art. 6 exclut la nomination d’anciens avocats. L’interprétation téléologique de cet article nous amène à la même conclusion. La disposition générale relative à l’admissibilité, l’art. 5, a pour objectif sous-jacent l’énonciation des conditions générales minimales applicables à la nomination de tous les juges de la Cour suprême. Par contre, l’objectif sous-jacent de l’art. 6 consiste à consacrer le compromis historique qui a permis la création de la Cour, en restreignant les conditions d’admissibilité aux postes de juge réservés pour le Québec. Il sert à limiter le pouvoir discrétionnaire par ailleurs large du gouverneur en conseil de nommer des juges, afin de garantir que la Cour suprême possède une expertise en droit civil et que les traditions juridiques et les valeurs sociales du Québec y soient représentées, ainsi qu’afin de renforcer la confiance des Québécois envers la Cour.

[60] Nous atteignons cette conclusion sans pour autant ignorer ou minimiser de quelque façon que ce soit l’expertise en droit civil des juges de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale. À titre d’exemple, l’art. 5.4 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, fait écho à bien des égards à l’art. 6 de la *Loi sur la Cour suprême* en exigeant qu’un nombre minimum de juges de chacune de ces cours proviennent des institutions québécoises. Les juges originaires du Québec jouent un rôle vital au sein des cours fédérales.

for appointment to the Quebec seats on this Court. The question is not whether civilist members of the federal courts would make excellent judges of the Supreme Court of Canada, but whether they are eligible for appointment under s. 6 on the basis of being former rather than current advocates of the Province of Quebec. We conclude that they are not.

[61] Some of the submissions before us relied heavily on the context provided by constitutional negotiations following the patriation of the Constitution in 1982, particularly on Quebec's agreement to proposed constitutional reforms that would have explicitly rendered Federal Court and Federal Court of Appeal judges eligible for appointment to one of the Quebec seats on the Court. The Charlottetown Accord went furthest by stipulating that it was entrenching the current *Supreme Court Act* requirement of "nine members, of whom three must have been admitted to the bar of Quebec (civil law bar)" (*Consensus Report on the Constitution: Charlottetown* (1992), at p. 8). This showed, it was argued, that these eligibility requirements were acceptable to Quebec.

[62] We do not find this argument compelling. The Meech Lake and Charlottetown negotiations over the eligibility requirements for the Court took place in the context of wider negotiations over federal-provincial issues, including greater provincial involvement in Supreme Court appointments. In the case of Quebec, the proposed changes would have diminished the significance of s. 6 as the sole safeguard of Quebec's interests on the Supreme Court by requiring the Governor General in Council to make an appointment from a list of names submitted by Quebec. In this context, we should be wary of drawing any inference that there was a consensus interpretation of s. 6 different from the one that we adopt.

Cependant, l'art. 6 précise que les juges des cours fédérales ne sont pas, à ce titre, admissibles à l'un des postes de juge de notre Cour réservés pour le Québec. La question n'est pas de savoir si les membres civilistes des cours fédérales feraient d'excellents juges de la Cour suprême du Canada, mais de déterminer s'ils sont admissibles à une nomination en vertu de l'art. 6 à titre d'anciens avocats, plutôt que d'avocats actuels, de la province de Québec. Nous concluons qu'ils ne le sont pas.

[61] Certains arguments qui nous ont été présentés s'appuient fortement sur le contexte découlant des négociations constitutionnelles qui ont suivi le rapatriement de la Constitution en 1982, en particulier sur le consentement du Québec aux réformes constitutionnelles proposées, qui auraient explicitement rendu les juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale admissibles à l'un des postes de juge de la Cour réservés pour le Québec. L'Accord de Charlottetown allait plus loin en stipulant qu'il inscrivait dans la Constitution les dispositions actuelles de la *Loi sur la Cour suprême* prévoyant « neuf juges, dont trois doivent avoir été reçus au barreau du Québec (barreau de droit civil) » (*Rapport du consensus sur la Constitution : Charlottetown* (1992), p. 8). Le consentement du Québec démontrait, plaide-t-on, que ce dernier acceptait ces conditions de nomination.

[62] Cet argument n'est pas convaincant. Les négociations en vue des accords du Lac Meech et de Charlottetown au sujet des conditions de nomination à la Cour ont été entreprises dans le contexte de discussions plus vastes sur des questions intéressant le fédéral et les provinces, qui comprenaient une participation plus importante des provinces au processus de nomination des juges de la Cour suprême. Dans le cas du Québec, les modifications proposées auraient diminué l'importance de l'art. 6 en tant que seule mesure de sauvegarde des intérêts du Québec à la Cour suprême. En effet, ces propositions auraient exigé que le gouverneur général en conseil nomme une personne dont le nom figurerait sur une liste fournie par le Québec. Dans ce contexte, il faut nous garder de toute inférence selon laquelle tous s'entendaient pour donner de l'art. 6 une interprétation différente de celle que nous adoptons.

(3) Surrounding Statutory Context

[63] The broader scheme of the *Supreme Court Act* reinforces the conclusion reached through a textual and purposive analysis. In addition to addressing who is eligible to be appointed a judge of the Supreme Court of Canada, the Act addresses which judges of other courts are eligible to sit as *ad hoc* judges of the Court. Judges of the federal courts and the Tax Court of Canada, while eligible to sit as *ad hoc* judges generally, are not eligible to sit in Quebec appeals when the quorum of the Court does not include at least two judges appointed under s. 6. In other words, the provisions governing eligibility to sit as an *ad hoc* judge of the Court reflect the same distinction between general eligibility and eligibility for one of the Quebec seats. The point is not that these judges are excluded under s. 6 simply because they are excluded under s. 30(2) of the Act. Rather, the point is that the exclusion under s. 30(2) is part of the overall context that must be taken into account in interpreting ss. 5 and 6 of the Act.

[64] In principle, a quorum of the Court consists of five judges: ss. 25 and 29 of the Act. When there is no quorum, s. 30(1) stipulates that an *ad hoc* judge may be drawn from (a) the Federal Court of Appeal, the Federal Court, or the Tax Court of Canada, or, in their absence, from (b) provincial superior courts. However, under s. 30(2), unless two of the judges available to constitute a quorum fulfil the requirements for appointment under s. 6 — that is, were appointed from the bench or bar of Quebec — an *ad hoc* judge for a Quebec appeal must be drawn from the Court of Appeal or Superior Court of Quebec.

[65] Thus, while judges of the Federal Court, the Federal Court of Appeal and the Tax Court of Canada meet the general eligibility requirements for appointment as an *ad hoc* judge of this Court under s. 30(1), they do not meet the more restrictive

(3) Contexte législatif

[63] L'économie générale de la *Loi sur la Cour suprême* renforce la conclusion à laquelle nous a amenés une interprétation textuelle et téléologique. En plus d'indiquer quelles personnes peuvent être nommées juges de la Cour suprême du Canada, la Loi indique quels juges des autres cours peuvent agir à titre de juges suppléants de la Cour. Les juges des cours fédérales et de la Cour canadienne de l'impôt, qui sont admissibles à siéger à titre de juges suppléants en général, ne peuvent siéger pour l'audition de l'appel d'un jugement rendu au Québec lorsque le quorum de la Cour n'inclut pas au moins deux des juges nommés aux termes de l'art. 6. Autrement dit, les dispositions régissant l'admissibilité à siéger à titre de juge suppléant de la Cour comportent la même distinction entre l'admissibilité générale et l'admissibilité à un poste de juge réservé pour le Québec. Il ne s'agit pas d'affirmer que ces juges sont exclus pour l'application de l'art. 6 simplement parce qu'ils sont exclus pour l'application du par. 30(2) de la Loi. Le fait est plutôt que l'exclusion prévue au par. 30(2) s'inscrit dans le contexte général qui doit être pris en compte pour l'interprétation des art. 5 et 6 de la Loi.

[64] En principe, cinq juges constituent le quorum de la Cour : art. 25 et 29 de la Loi. Lorsque le quorum n'est pas atteint, le par. 30(1) prévoit qu'un juge suppléant peut provenir a) de la Cour d'appel fédérale, de la Cour fédérale ou de la Cour canadienne de l'impôt, ou, en leur absence, b) des cours supérieures des provinces. Toutefois, aux termes du par. 30(2), lorsque les juges capables de siéger ne comprennent pas au moins deux juges qui remplissent les conditions fixées à l'art. 6, — c'est-à-dire deux juges issus de la magistrature ou du barreau de la province de Québec — le juge suppléant choisi pour l'audition d'un appel d'un jugement rendu au Québec doit provenir de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure du Québec.

[65] Ainsi, les juges de la Cour fédérale, de la Cour d'appel fédérale et de la Cour canadienne de l'impôt satisfont aux conditions de nomination générales pour siéger à titre de juge suppléant de la Cour aux termes du par. 30(1), mais ils ne

eligibility requirements for an *ad hoc* judge replacing a Quebec judge under s. 30(2). Section 30(2) expressly refers to judges who “fulfil the requirements of section 6” and so the two sections are explicitly linked. Moreover, ss. 5 and 6 and ss. 30(1) and 30(2) reflect the same distinction between the general eligibility requirements (s. 5 and s. 30(1)) and the more restrictive eligibility requirements for the Quebec seats on the Court (s. 6 and s. 30(2)).

[66] This exclusion of Federal Court and Federal Court of Appeal judges from appointment as *ad hoc* judges for Quebec lends support to the conclusion that those judges are similarly excluded from appointment to the Court under s. 6.

[67] It was argued that we should give no weight to the wording of s. 30 because it is an obsolete provision that has not been used since the second decade of the 20th century. We do not agree. The statutory history suggests that the exclusion of judges of the federal courts as *ad hoc* judges for Quebec cases was not a mere oversight. In the 1970s after the establishment of the Federal Court, s. 30(1) of the *Supreme Court Act* was revised to refer to the Federal Court (*Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.), s. 64). Despite the fact that the very purpose of the revision was to incorporate references to the Federal Court into the Act, as was done in s. 30(1), Parliament did not amend the immediately adjacent provision, s. 30(2). There was similarly no amendment to s. 30(2) when, in 2002, s. 30(1) was amended to refer to the newly separate Federal Court of Appeal and the Tax Court of Canada (S.C. 2002, c. 8, s. 175). While certainly not conclusive, the repeated failure to include the Quebec appointees to the Federal Court and Federal Court of Appeal among the judges who may serve as *ad hoc* judges of this Court in place of s. 6 judges suggests that the exclusion was deliberate. This in turn is consistent with members of those same courts not being eligible for appointment under s. 6.

satisfont pas aux conditions plus restrictives fixées au par. 30(2) pour remplacer, à titre de juge suppléant, un juge provenant du Québec. En effet, le par. 30(2) mentionne expressément les juges qui remplissent les « conditions fixées à l'article 6 », de sorte que les deux articles sont explicitement liés. De plus, les art. 5 et 6 et les par. 30(1) et 30(2) comportent la même distinction entre les conditions de nomination générales (art. 5 et par. 30(1)) et les conditions plus restrictives pour les postes de juge de la Cour réservés pour le Québec (art. 6 et par. 30(2)).

[66] Le fait que les juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale ne peuvent pas être nommés juges suppléants pour le Québec appuie la conclusion suivant laquelle ces juges sont, de la même manière, exclus d'une nomination à la Cour en vertu de l'art. 6.

[67] On a suggéré qu'il ne faudrait pas accorder d'importance aux termes de l'art. 30 parce qu'il s'agirait d'une disposition désuète à laquelle on n'a pas eu recours depuis la seconde décennie du 20<sup>e</sup> siècle. Nous ne sommes pas d'accord. L'historique de la Loi donne à penser que l'exclusion des juges des cours fédérales des postes de juge suppléant pour le Québec ne résulte pas d'un simple oubli. Après la création de la Cour fédérale dans les années 70, on a révisé le par. 30(1) de la *Loi sur la Cour suprême* pour y faire mention de la Cour fédérale (*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, ch. 10 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 64). Même si l'objectif de la révision était expressément de mentionner la Cour fédérale dans la Loi, comme au par. 30(1), le législateur n'a pas modifié la disposition qui la suit immédiatement, le par. 30(2). De même, il n'a pas modifié le par. 30(2) en 2002, lorsqu'il a modifié le par. 30(1) pour mentionner les deux nouvelles cours distinctes, la Cour d'appel fédérale et la Cour canadienne de l'impôt (L.C. 2002, ch. 8, art. 175). Même si elle n'est pas concluante, l'omission répétée d'inclure les juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale provenant du Québec parmi les juges suppléants qui peuvent siéger à notre Cour en remplacement de juges nommés aux termes de l'art. 6 laisse croire que leur exclusion était délibérée. Cette exclusion est compatible avec le fait que les juges de ces mêmes cours ne peuvent être nommés aux termes de l'art. 6.

[68] When s. 30 was first enacted in 1918 (S.C. 1918, c. 7, s. 1), the assistant judge of the Exchequer Court was a judge from Quebec. Appointing him as an *ad hoc* judge to hear an appeal from one of the common law provinces would have meant that a majority of the quorum hearing the appeal would be jurists trained in the civil law. Parliament deemed this undesirable. This legislative history explains why the assistant judge of the Exchequer Court was excluded from serving as an *ad hoc* judge on appeals from common law provinces. But it does not explain why that judge was also excluded from serving as an *ad hoc* judge on appeals from Quebec even though that would have maintained Quebec's representation on appeals from that province. Parliament has, since it first provided for *ad hoc* judges, consistently precluded judges of the federal courts or their predecessor, the Exchequer Court, from sitting on Quebec appeals as *ad hoc* judges of the Supreme Court. If this is an anomaly, it is one that Parliament deliberately created and has consistently maintained.

#### (4) Conclusion

[69] We therefore conclude that s. 5 establishes general eligibility requirements for a broad pool of persons eligible for appointment to the Supreme Court of Canada. In respect of the three Quebec seats, s. 6 leads to a more restrictive interpretation of the eligibility requirements in order to give effect to the historical compromise aimed at protecting Quebec's legal traditions and social values.

[70] We conclude that a person who was, at any time, an advocate of at least 10 years standing at the Barreau du Québec, may be appointed to the Supreme Court pursuant to s. 5 of the *Supreme Court Act*, but not s. 6. The three appointments under s. 6 require, in addition to the criteria set out in s. 5, current membership of the Barreau du Québec or of the Court of Appeal or Superior Court of Quebec. Therefore, a judge of the Federal Court or

[68] Lorsque l'art. 30 a été édicté à l'origine en 1918 (S.C. 1918, ch. 7, art. 1), le juge adjoint de la Cour de l'Échiquier provenait du Québec. S'il avait été nommé juge suppléant pour entendre une affaire provenant d'une province de common law, une majorité du quorum qui aurait tranché le litige aurait été composée de juristes de formation civiliste. Le Parlement a jugé que cette conséquence n'était pas souhaitable. L'historique législatif explique pourquoi le juge adjoint de la Cour de l'Échiquier ne pouvait agir comme juge suppléant pour entendre les appels de décisions rendues dans une province de common law. Il n'explique toutefois pas pourquoi ce juge ne pouvait pas non plus agir comme juge suppléant pour entendre les appels d'une décision rendue au Québec, alors que la représentation du Québec aurait ainsi été préservée pour l'audition des appels provenant de cette province. Depuis qu'il a prévu pour la première fois la nomination de juges suppléants, le Parlement a toujours refusé que les juges des cours fédérales, ou de la Cour de l'Échiquier qu'elles ont remplacée, siègent en qualité de juges suppléants à la Cour suprême dans les appels des décisions rendues au Québec. S'il s'agit d'une anomalie, le Parlement l'a créée délibérément et l'a toujours maintenue.

#### (4) Conclusion

[69] Nous concluons donc que l'art. 5 établit les conditions générales de nomination d'un vaste bassin de personnes admissibles à un poste de juge à la Cour suprême du Canada. Cependant, dans le cas des trois postes de juge réservés pour le Québec, l'art. 6 commande une interprétation plus restrictive des conditions d'admissibilité pour qu'il reflète le compromis historique destiné à protéger les traditions juridiques et les valeurs sociales du Québec.

[70] Nous concluons qu'une personne qui a été autrefois inscrite pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec peut être nommée juge de la Cour en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la Cour suprême*, mais ne peut pas être nommée en vertu de l'art. 6. Pour être admissible à l'un des trois postes de juge visés à l'art. 6 il faut, en plus de satisfaire aux conditions fixées à l'art. 5, être soit membre du Barreau du Québec soit juge de la Cour d'appel ou

Federal Court of Appeal is ineligible for appointment under s. 6 of the Act.

[71] We note in passing that the reference questions do not ask whether a judge of the Federal Court or Federal Court of Appeal who was a former advocate of at least 10 years standing at the Quebec bar could rejoin the Quebec bar for a day in order to be eligible for appointment to this Court under s. 6. We therefore do not decide this issue.

## V. Question 2

### A. *The Issue*

2. Can Parliament enact legislation that requires that a person be or has previously been a barrister or advocate of at least 10 years standing at the bar of a province as a condition of appointment as a judge of the Supreme Court of Canada or enact the annexed declaratory provisions as set out in clauses 471 and 472 of the Bill entitled *Economic Action Plan 2013 Act, No. 2*?

[72] In light of our conclusion that appointments to the Court under s. 6 require current membership of the Barreau du Québec or of the Court of Appeal or Superior Court of Quebec, in addition to the criteria set out in s. 5, it is necessary to consider the second question, which is whether Parliament can enact declaratory legislation that would alter the composition of the Supreme Court of Canada.

[73] The Attorney General of Canada argues that the eligibility requirements for appointments under s. 6 have not been entrenched in the Constitution, and that Parliament retains the plenary power under s. 101 of the *Constitution Act, 1867* to unilaterally amend the eligibility criteria under ss. 5 and 6.

[74] We disagree. Parliament cannot unilaterally change the composition of the Supreme Court of

de la Cour supérieure du Québec au moment de la nomination. En conséquence, un juge de la Cour fédérale ou de la Cour d'appel fédérale ne peut être nommé à la Cour en vertu de l'art. 6 de la Loi.

[71] Nous soulignons en passant que le renvoi ne soulève pas la question de savoir si un juge de la Cour fédérale ou de la Cour d'appel fédérale qui a été autrefois inscrit au Barreau du Québec pendant au moins 10 ans pourrait s'y réinscrire pendant un jour pour être admissible à une nomination à la Cour en vertu de l'art. 6. Nous ne nous prononçons donc pas sur cette question.

## V. Question 2

### A. *La question*

2. Le Parlement peut-il légiférer pour exiger, à titre de condition de sa nomination au poste de juge de la Cour suprême du Canada, qu'une personne soit ou ait été inscrite comme avocat au barreau d'une province pendant au moins dix ans ou adopter des dispositions déclaratoires telles que celles prévues aux articles 471 et 472 du projet de loi intitulé *Loi n° 2 sur le plan d'action économique de 2013*, ci-annexé?

[72] Comme nous avons conclu que, pour être admissible à l'un des postes de juge visés à l'art. 6 il faut, en plus de satisfaire aux conditions fixées à l'art. 5, être soit membre du Barreau du Québec soit juge de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure du Québec au moment de la nomination, nous devons examiner la seconde question et déterminer si le Parlement peut adopter des dispositions déclaratoires qui modifieraient la composition de la Cour suprême du Canada.

[73] Le procureur général du Canada plaide que les conditions de nomination prévues à l'art. 6 ne sont pas inscrites dans la Constitution. Selon ses prétentions, le Parlement conserve le plein pouvoir de modifier unilatéralement les conditions de nomination fixées aux art. 5 et 6 en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[74] Nous ne sommes pas d'accord. Le Parlement ne peut pas modifier unilatéralement la composition

Canada. Essential features of the Court are constitutionally protected under Part V of the *Constitution Act, 1982*. Changes to the composition of the Court can only be made under the procedure provided for in s. 41<sup>1</sup> of the *Constitution Act, 1982* and therefore require the unanimous consent of Parliament and the provincial legislatures. Changes to the other essential features of the Court can only be made under the procedure provided for in s. 42<sup>2</sup> of the *Constitution Act, 1982*, which requires the consent of at least seven provinces representing, in the aggregate, at least half of the population of all the provinces.

[75] We will first discuss the history of how the Court became constitutionally protected, and then answer the Attorney General of Canada's arguments on this issue. Finally, we will discuss the effect of the declaratory provisions enacted by Parliament.

#### B. *Evolution of the Constitutional Status of the Supreme Court*

[76] The Supreme Court's constitutional status initially arose from the Court's historical evolution into an institution whose continued existence and functioning engaged the interests of both Parliament and the provinces. The Court's status was then confirmed by the *Constitution Act, 1982*, which reflected the understanding that the Court's essential features formed part of the Constitution of Canada.

<sup>1</sup> The text of s. 41(d) states:

**41.** An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province:

...  
(d) the composition of the Supreme Court of Canada;

<sup>2</sup> The text of s. 42(1)(d) states:

**42.** (1) An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made only in accordance with subsection 38(1):

...  
(d) subject to paragraph 41(d), the Supreme Court of Canada;

de la Cour suprême du Canada. Les caractéristiques essentielles de la Cour sont protégées par la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La composition de la Cour ne peut être modifiée que conformément à l'art. 41<sup>1</sup> de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, partant, pareille modification requiert le consentement unanime du Parlement et de l'assemblée législative de chaque province. Les autres caractéristiques essentielles de la Cour ne peuvent être modifiées que conformément à l'art. 42<sup>2</sup> de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui exige le consentement d'au moins sept provinces représentant, au total, au moins la moitié de la population de toutes les provinces.

[75] Nous examinerons comment la Cour a acquis une protection constitutionnelle au cours de l'histoire, puis nous répondrons aux arguments du procureur général du Canada sur cette question. Enfin, nous traiterons de l'effet des dispositions déclaratoires adoptées par le Parlement.

#### B. *Évolution du statut constitutionnel de la Cour suprême*

[76] Initialement, la Cour suprême a acquis son statut constitutionnel en raison de l'évolution historique qui en a fait une institution dont la pérennité et le fonctionnement affectaient les intérêts à la fois du Parlement et des provinces. Ce statut a ensuite été confirmé dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont le contenu reflète la perception que les caractéristiques essentielles de la Cour faisaient partie de la Constitution canadienne.

<sup>1</sup> L'alinéa 41d) prévoit ce qui suit :

**41.** Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province :

...  
d) la composition de la Cour suprême du Canada;

<sup>2</sup> L'alinéa 42(1)d) prévoit ce qui suit :

**42.** (1) Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait conformément au paragraphe 38(1) :

...  
d) sous réserve de l'alinéa 41d), la Cour suprême du Canada;

(1) The Supreme Court's Evolution Prior to Patriation

[77] At Confederation, there was no Supreme Court of Canada. Nor were the details of what would eventually become the Supreme Court expounded in the *Constitution Act, 1867*. It was assumed that the ultimate judicial authority for Canada would continue to be the Judicial Committee of the Privy Council in London. For example, George-Étienne Cartier, then the Attorney General for Canada East, expressed the view that “we shall always have our court of final appeal in Her Majesty’s Privy Council”, even if a general court of appeal for Canada were to be established domestically: Province of Canada, Legislative Assembly, *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 3rd Sess., 8th Parl., March 2, 1865, at p. 576.

[78] The *Constitution Act, 1867*, however, gave Parliament the authority to establish a general court of appeal for Canada:

**101.** The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

[79] The Parliamentary debates between 1868 and 1875 over whether to create a Supreme Court were instigated by Sir John A. Macdonald, who was Canada’s Prime Minister and Minister of Justice from 1867 to 1873. He introduced bills for the establishment of the Supreme Court in 1869 and again in 1870 in the House of Commons. Both bills, which did not reserve any seats on the Court for Quebec jurists, faced staunch opposition from Quebec in Parliament. The first bill died on the Order Paper and the second was withdrawn.

[80] In addition to Quebec’s opposition, the nature of the court’s jurisdiction was contested, and many

(1) L'évolution de la Cour suprême avant le rattachement

[77] Au moment de la Confédération, la Cour suprême du Canada n’existait pas. De plus, la *Loi constitutionnelle de 1867* ne contenait aucune précision à propos de l’institution qui deviendrait la Cour suprême du Canada. On supposait que le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres demeurerait l’autorité judiciaire suprême pour le Canada. À titre d’exemple, George-Étienne Cartier, qui était alors procureur général pour le Bas-Canada, a exprimé l’opinion que « nous trouverons toujours un tribunal d’appel en dernier ressort dans le conseil privé de Sa Majesté », même si une cour générale d’appel pour le Canada devait être créée au pays : Province du Canada, Assemblée législative, *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l’Amérique britannique du Nord*, 3<sup>e</sup> sess., 8<sup>e</sup> lég., 2 mars 1865, p. 581-582.

[78] Toutefois, une disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867* accordait au Parlement le pouvoir d’établir une cour générale d’appel pour le Canada :

**101.** Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l’occasion le requerra, adopter des mesures à l’effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d’appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

[79] Sir John A. Macdonald, le premier ministre et ministre de la Justice de 1867 à 1873, fut l’instigateur des débats parlementaires tenus sur l’opportunité d’établir une Cour suprême entre 1868 et 1875. En 1869, puis de nouveau en 1870, il a déposé à la Chambre des communes des projets de loi pour créer la Cour suprême. Aucun de ces projets ne réservait de postes à la Cour pour des juristes québécois. Le Québec s’est opposé ardemment à ces projets de loi au Parlement. Le premier projet de loi est mort au Feuilleton et le deuxième a été retiré.

[80] Au-delà de l’opposition du Québec, on a contesté la nature de la juridiction de la cour et



questioned whether a general court of appeal was even needed. Since an appeal to the Privy Council was available and Ontario and Quebec already had provincial courts of appeal, a Supreme Court would only be an intermediate step on the way to London.

[81] The bill that finally became the *Supreme Court Act* was introduced in 1875 by the federal Minister of Justice, Téléphore Fournier, and was adopted after several amendments (*1875 Debates*, February 23, 1875, at p. 284). The new Supreme Court had general appellate jurisdiction over civil, criminal, and constitutional cases. In addition, the Court was given an exceptional original jurisdiction not incompatible with its appellate jurisdiction, for instance to consider references from the Governor in Council: *Re References by the Governor-General in Council* (1910), 43 S.C.R. 536, affirmed on appeal to the Privy Council, [1912] A.C. 571 (*sub nom. Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*); *Secession Reference*, at para. 9.

[82] Under the authority newly granted by the *Statute of Westminster, 1931*, Parliament abolished criminal appeals to the Privy Council in 1933 (*An Act to amend the Criminal Code*, S.C. 1932-33, c. 53, s. 17). Of even more historic significance, in 1949, it abolished *all* appeals to the Privy Council (*An Act to amend the Supreme Court Act*, s. 3). This had a profound effect on the constitutional architecture of Canada. The Privy Council had exercised ultimate judicial authority over all legal disputes in Canada, including those arising from Canada's Constitution. It played a central role in this country's constitutional structure, by, among other things, delineating the contours of federal and provincial jurisdiction through a number of landmark cases that continue to inform our understanding of the division of powers to this day (John T. Saywell, *The Lawmakers: Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism* (2002); Warren J. Newman, "The Constitutional Status of the Supreme Court of Canada" (2009), 47 *S.C.L.R.* (2d) 429, at p. 439). As Warren Newman explains:

bon nombre d'objections remettaient en question la nécessité même d'une cour générale d'appel. Puisque l'on pouvait faire appel au Conseil privé et que l'Ontario et le Québec possédaient déjà des cours d'appel, une Cour suprême ne constituerait qu'une étape judiciaire intermédiaire sur la voie menant à Londres.

[81] Le projet de loi qui est finalement devenu la *Loi sur la Cour suprême* a été déposé par le ministre fédéral de la Justice, Téléphore Fournier, et a été adopté après plusieurs amendements (*Débats de 1875*, 23 février 1875, p. 299). La nouvelle Cour suprême était investie d'une compétence générale d'appel en matières civile, criminelle et constitutionnelle. De plus, la Cour s'était vu conférer une compétence exceptionnelle de première instance, qui n'était pas incompatible avec sa compétence en appel, notamment pour examiner les renvois du gouverneur en conseil : *Re References by the Governor-General in Council* (1910), 43 R.C.S. 536, conf. par le Conseil privé, [1912] A.C. 571 (*sub nom. Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*); *Renvoi sur la sécession*, par. 9.

[82] En vertu des pouvoirs que lui accordait depuis peu le *Statut de Westminster, 1931*, le Parlement a aboli les appels au Conseil privé en matière criminelle en 1933 (*Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1932-33, ch. 53, art. 17). Fait historique encore plus important, il a aboli *tous* les appels au Conseil privé en 1949 (*Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, art. 3), ce qui a entraîné de profondes répercussions sur l'architecture constitutionnelle du Canada. En effet, le Conseil privé avait exercé la compétence judiciaire de dernier ressort sur tous les litiges au Canada, y compris ceux relatifs à la Constitution canadienne. Il avait joué un rôle central dans la structure constitutionnelle de notre pays, notamment en traçant les contours de la compétence fédérale et provinciale dans un bon nombre d'arrêts de principe qui nous éclairent encore aujourd'hui quant au partage des compétences (John T. Saywell, *The Lawmakers: Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism* (2002); Warren J. Newman, « The Constitutional Status of the Supreme Court of Canada » (2009), 47 *S.C.L.R.* (2d) 429, p. 439). Comme l'a expliqué Warren Newman :

... the supreme appellate function of the Judicial Committee of the Privy Council was an integral part of the Canadian judicial system until it was ultimately displaced by the Parliament of Canada in favour of the Supreme Court. Canadians could do without a general court of appeal for Canada as long as the Judicial Committee continued to play that role. With the abolition of appeals to the Privy Council, the appellate jurisdiction of the Supreme Court of Canada became essential. [p. 439]

[83] The abolition of appeals to the Privy Council meant that the Supreme Court of Canada inherited the role of the Council under the Canadian Constitution. As a result, the Court assumed the powers and jurisdiction “no less in scope than those formerly exercised in relation to Canada by the Judicial Committee” (*Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, at p. 212), including adjudicating disputes over federalism. The need for a final, independent judicial arbiter of disputes over federal-provincial jurisdiction is implicit in a federal system:

Inherent in a federal system is the need for an impartial arbiter of jurisdictional disputes over the boundaries of federal and provincial powers (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 124). That impartial arbiter is the judiciary, charged with “control[ing] the limits of the respective sovereignties” (*Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733, at p. 741).

(*Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at para. 55; see also *Secession Reference*, at para. 53.)

[84] In addition, the elevation in the Court’s status empowered it to exercise a “‘unifying jurisdiction’ over the provincial courts”: *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, at p. 318; *Bank of Montreal v. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*, [1975] 2 S.C.R. 546, at p. 556. The Supreme Court became the keystone to Canada’s unified court system. It “acts as the exclusive ultimate

[TRADUCTION] ... la fonction d’appel de dernier ressort du Comité judiciaire du Conseil privé faisait partie intégrante du système judiciaire canadien jusqu’à ce qu’il soit finalement écarté par le Parlement canadien en faveur de la Cour suprême. Tant que le Comité judiciaire continuait d’exercer cette fonction, les Canadiens pouvaient se passer d’une cour générale d’appel pour le Canada. Avec l’abolition des appels au Conseil privé, la juridiction d’appel de la Cour suprême du Canada est devenue essentielle. [p. 439]

[83] L’abolition des appels au Conseil privé signifiait que la Cour suprême du Canada héritait du rôle du Conseil en vertu de la Constitution canadienne. En conséquence, les pouvoirs et la compétence dont a été investie la Cour n’avaient [TRADUCTION] « pas une portée moindre que ceux exercés autrefois par le Comité judiciaire à l’égard du Canada » (*Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, p. 212), ce qui l’amenait notamment à trancher les litiges relatifs au fédéralisme. Un système fédéral doit nécessairement compter sur un arbitre indépendant qui tranche en dernier ressort les litiges relatifs au partage des compétences :

Un système fédéral repose forcément sur la nécessité qu’existe un arbitre impartial pour régler les conflits de compétence quant aux frontières entre les pouvoirs du Parlement et ceux des législatures provinciales (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 124). Les juges, qui sont chargés de « contrôle[r] les bornes de la souveraineté propre » des deux paliers de gouvernement, sont cet arbitre impartial (*Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, p. 741).

(*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 55; voir aussi *Renvoi sur la sécession*, par. 53.)

[84] En outre, le statut de tribunal de dernier ressort désormais reconnu à la Cour l’autorisait à exercer une « “juridiction unificatrice” sur les tribunaux des provinces » : *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 318; *Banque de Montréal c. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 546, p. 556. La Cour suprême du Canada est devenue la clé de voûte du système

appellate court in the country” (*Secession Reference*, at para. 9). In fulfilling this role, the Court is not restricted to the powers of the lower courts from which an appeal is made. Rather, the Court may exercise the powers necessary to enable it “to discharge its role at the apex of the Canadian judicial system, as the court of last resort for all Canadians”: *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at p. 404, *per* Dickson J.; *Hunt*, at p. 319.

[85] With the abolition of appeals to the Judicial Committee of the Privy Council, the continued existence and functioning of the Supreme Court of Canada became a key matter of interest to both Parliament and the provinces. The Court assumed a vital role as an institution forming part of the federal system. It became the final arbiter of division of powers disputes, and became the final word on matters of public law and provincial civil law. Drawing on the expertise of its judges from Canada’s two legal traditions, the Court ensured that the common law and the civil law would evolve side by side, while each maintained its distinctive character. The Court thus became central to the functioning of legal systems within each province and, more broadly, to the development of a unified and coherent Canadian legal system.

[86] The role of the Supreme Court of Canada was further enhanced as the 20th century unfolded. In 1975, Parliament amended the *Supreme Court Act* to end appeals as of right to the Court in civil cases (S.C. 1974-75-76, c. 18). This gave the Court control over its civil docket, and allowed it to focus on questions of public legal importance. As a result, the Court’s “mandate became oriented less to error correction and more to development of the jurisprudence”: *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 53.

[87] As a result of these developments, the Supreme Court emerged as a constitutionally essential institution engaging both federal and provincial interests. Increasingly, those concerned with

judiciaire unifié du Canada. Elle « exerce le rôle de juridiction d’appel suprême et exclusive au pays » (*Renvoi sur la sécession*, par. 9). Dans ce rôle, les pouvoirs de la Cour ne se limitent pas à ceux des tribunaux inférieurs dont elle révisé les décisions en appel. Elle possède tous les pouvoirs nécessaires pour lui permettre « de remplir son rôle au sommet du système judiciaire canadien en tant que cour de dernier ressort pour tous les Canadiens » : *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, p. 404, le juge Dickson; *Hunt*, p. 319.

[85] À la suite de l’abolition des appels au Comité judiciaire du Conseil privé, la pérennité et le fonctionnement de la Cour suprême sont devenus des questions d’intérêt primordiales pour le Parlement et pour les provinces. La Cour a assumé un rôle vital en tant qu’institution faisant partie du système fédéral. Elle est devenue l’arbitre ultime des litiges sur le partage des compétences et devait désormais juger en dernier ressort les questions de droit public et de droit provincial en matière civile. Grâce à l’expertise de ses juges issus des deux traditions juridiques du Canada, la Cour a veillé à ce que la common law et le droit civil évoluent côte à côte, tout en conservant leur caractère distinctif. La Cour est ainsi devenue essentielle au fonctionnement des systèmes juridiques dans chaque province et, plus généralement, au développement d’un système juridique canadien cohérent et unifié.

[86] Dans la dernière partie du 20<sup>e</sup> siècle, le rôle de la Cour a encore évolué. En 1975, le Parlement a modifié la *Loi sur la Cour suprême* pour abolir les appels de plein droit à la Cour en matière civile (S.C. 1974-75-76, ch. 18). La Cour a ainsi pu commencer à choisir les affaires qu’elle entend en matière civile, ce qui lui a permis de centrer son attention sur les questions juridiques qui revêtent une importance pour le public. En conséquence, la mission de la Cour « consiste désormais moins à corriger les erreurs et davantage à développer la jurisprudence » : *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 53.

[87] Cette évolution historique a fait de la Cour suprême une institution constitutionnellement essentielle qui affecte les intérêts à la fois du fédéral et des provinces. De plus en plus, les personnes

constitutional reform accepted that future reforms would have to recognize the Supreme Court's position within the architecture of the Constitution.

(2) The Supreme Court and Patriation

[88] We have seen that the Supreme Court was already essential under the Constitution's architecture as the final arbiter of division of powers disputes and as the final general court of appeal for Canada. The *Constitution Act, 1982* enhanced the Court's role under the Constitution and confirmed its status as a constitutionally protected institution.

[89] Patriation of the Constitution was accompanied by the adoption of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which gave the courts the responsibility for interpreting and remedying breaches of the *Charter*. Patriation also brought an explicit acknowledgement that the Constitution is the "supreme law of Canada":

**52.** (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

The existence of an impartial and authoritative judicial arbiter is a necessary corollary of the enactment of the supremacy clause. The judiciary became the "guardian of the constitution" (*Hunter*, at p. 155, *per* Dickson J.). As such, the Supreme Court of Canada is a foundational premise of the Constitution. With the adoption of the *Constitution Act, 1982*, "the Canadian system of government was transformed to a significant extent from a system of Parliamentary supremacy to one of constitutional supremacy": *Secession Reference*, at para. 72.

[90] Accordingly, the *Constitution Act, 1982* confirmed the constitutional protection of the essential features of the Supreme Court. Indeed, Part V of the *Constitution Act, 1982* expressly makes changes to the Supreme Court and to its composition subject to constitutional amending procedures.

que préoccupaient les réformes constitutionnelles ont accepté que les réformes à venir devraient reconnaître le rôle de la Cour suprême dans l'architecture de la Constitution.

(2) La Cour suprême et le rapatriement

[88] Nous avons vu que la Cour suprême jouait déjà un rôle primordial dans la structure constitutionnelle en tant qu'arbitre ultime des litiges sur le partage des compétences et en tant que cour générale d'appel pour le Canada. La *Loi constitutionnelle de 1982* a accentué l'importance du rôle attribué à la Cour par la Constitution et a confirmé son statut d'institution protégée par la Constitution.

[89] La *Charte canadienne des droits et libertés* a été adoptée lors du rapatriement de la Constitution. Les tribunaux ont alors dû assumer la responsabilité d'interpréter la *Charte* et d'accorder des réparations en cas de violation de ses dispositions. Le rapatriement a permis également de reconnaître expressément que la Constitution est la « loi suprême du Canada » :

**52.** (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

La nécessité de l'existence d'un arbitre judiciaire impartial et dont les décisions font autorité est le corollaire de cette disposition. Les tribunaux sont devenus les « gardiens de la constitution » (*Hunter*, p. 155, le juge Dickson). À ce titre, la Cour suprême du Canada constitue une pierre d'assise de la Constitution. L'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* a « fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle » : *Renvoi sur la sécession*, par. 72.

[90] En conséquence, la *Loi constitutionnelle de 1982* a confirmé que les caractéristiques essentielles de la Cour suprême sont protégées par la Constitution. En effet, la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* assujettit expressément les changements touchant la Cour suprême et sa composition au respect des procédures de modification de la Constitution.

[91] Under s. 41(d), the unanimous consent of Parliament and all provincial legislatures is required for amendments to the Constitution relating to the “composition of the Supreme Court”. The notion of “composition” refers to ss. 4(1), 5 and 6 of the *Supreme Court Act*, which codify the composition of and eligibility requirements for appointment to the Supreme Court of Canada as they existed in 1982. By implication, s. 41(d) also protects the continued existence of the Court, since abolition would altogether remove the Court’s composition.

[92] The textual origin of Part V was the “April Accord” of 1981 (*Constitutional Accord: Canadian Patriation Plan* (1981)), to which eight provinces, including Quebec, were parties. The explanatory notes to this Accord confirm that the intention was to limit Parliament’s unilateral authority to reform the Supreme Court. That sentiment finds particular expression in the explanatory note for what became s. 41, which requires unanimity for amendments relating to five matters, including the composition of the Supreme Court: “This section recognizes that some matters are of such fundamental importance that amendments in relation to them should require the consent of all the provincial Legislatures and Parliament” (p. 9 (note 9)). Pointedly, the explanatory note to s. 41(d) states: “This clause would ensure that the Supreme Court of Canada is comprised of judges a proportion of whom are drawn from the Bar or Bench of Quebec and are, therefore, trained in the civil law” (p. 9 (note 9(d))). The intention of the provision was demonstrably to make it difficult to change the composition of the Court, and to ensure that Quebec’s representation was given special constitutional protection.

[93] The fact that the composition of the Supreme Court of Canada was singled out for special protection in s. 41(d) is unsurprising, since the Court’s composition has been long recognized as crucial to its ability to function effectively and with sufficient institutional legitimacy as the final court of appeal for Canada. As explained above, the central bargain that led to the creation of the Supreme Court

[91] Aux termes de l’al. 41d), les modifications de la Constitution relatives à la « composition de la Cour suprême » requièrent le consentement unanime du Parlement et de l’assemblée législative de chaque province. La notion de « composition » renvoie au par. 4(1) et aux art. 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, qui codifient la composition de la Cour suprême du Canada et les conditions de nomination de ses juges telles qu’elles existaient en 1982. L’alinéa 41d) protège aussi la pérennité de la Cour, puisque son abolition en éliminerait la composition.

[92] Le texte de la partie V apparaissait à l’origine dans l’« Accord d’avril » de 1981 (*Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution* (1981)), signé par huit provinces, dont le Québec. Les notes explicatives de cet Accord confirment que les signataires avaient l’intention de limiter le pouvoir unilatéral du Parlement de réformer la Cour suprême. Cette intention est exprimée en particulier dans la note explicative du texte maintenant devenu l’art. 41, qui requiert un consentement unanime pour les modifications portant sur cinq sujets, dont la composition de la Cour suprême : « Cet article reconnaît que quelques sujets sont d’une importance tellement fondamentale que des modifications les affectant devraient recevoir l’approbation de toutes les Assemblées provinciales et du Parlement » (p. 9 (note 9)). La note explicative de l’al. 41d) précise justement que « [c]e paragraphe assurerait que la Cour suprême du Canada soit composée de juges dont une partie proviendraient du Barreau ou d’une Cour du Québec et auraient, par conséquent, une formation en droit civil » (p. 9 (note 9(d))). Les auteurs de cette disposition voulaient manifestement qu’il devienne difficile de modifier la composition de la Cour. Ils entendaient ainsi assurer une protection constitutionnelle spéciale à la représentation du Québec à la Cour.

[93] Il ne faut pas s’étonner que l’al. 41d) ait accordé une protection spéciale à la composition de la Cour suprême du Canada. En effet, on reconnaît depuis longtemps son importance cruciale pour le fonctionnement efficace de la Cour et sa légitimité institutionnelle en tant que cour d’appel de dernier ressort au Canada. Comme nous l’avons expliqué, l’entente essentielle qui a permis la création de la

in the first place was the guarantee that a significant proportion of the judges would be drawn from institutions linked to Quebec civil law and culture. The objective of ensuring representation from Quebec's distinct juridical tradition remains no less compelling today, and implicates the competence, legitimacy, and integrity of the Court. Requiring unanimity for changes to the composition of the Court gave Quebec constitutional assurance that changes to its representation on the Court would not be effected without its consent. Protecting the composition of the Court under s. 41(d) was necessary because leaving its protection to s. 42(1)(d) would have left open the possibility that Quebec's seats on the Court could have been reduced or altogether removed without Quebec's agreement.

[94] Section 42(1)(d) applies the 7/50 amending procedure to the essential features of the Court, rather than to all of the provisions of the *Supreme Court Act*.<sup>3</sup> The express mention of the Supreme Court of Canada in s. 42(1)(d) is intended to ensure the proper functioning of the Supreme Court. This requires the constitutional protection of the essential features of the Court, understood in light of the role that it had come to play in the Canadian constitutional structure by the time of patriation. These essential features include, at the very least, the Court's jurisdiction as the final general court of appeal for Canada, including in matters of constitutional interpretation, and its independence.

[95] In summary, the Supreme Court gained constitutional status as a result of its evolution into the *final* general court of appeal for Canada, with jurisdiction to hear appeals concerning all the laws of Canada and the provinces, including the Constitution. This status was confirmed in the *Constitution*

Cour suprême portait sur la garantie qu'un nombre relativement important des juges proviendraient d'institutions liées au droit civil et à la culture du Québec. L'objectif de garantir que la tradition juridique distincte du Québec soit représentée à la Cour demeure tout aussi important de nos jours et touche la compétence, la légitimité et l'intégrité de la Cour. Le consentement unanime exigé pour changer la composition de la Cour a donné au Québec la garantie constitutionnelle que sa représentation à la Cour ne sera pas modifiée sans son consentement. Il était nécessaire de protéger la composition de la Cour à l'al. 41d) parce que la protection prévue à l'al. 42(1)d) n'aurait pas empêché que le nombre de postes de juge réservés pour le Québec puisse être réduit, peut-être même totalement supprimé, sans le consentement du Québec.

[94] L'alinéa 42(1)d) applique la procédure de modification 7/50 aux caractéristiques essentielles de la Cour, plutôt qu'à toutes les dispositions de la *Loi sur la Cour suprême*.<sup>3</sup> La mention expresse de la Cour suprême du Canada à l'al. 42(1)d) garantit le bon fonctionnement de la Cour suprême. Celui-ci exige qu'une protection constitutionnelle soit accordée aux caractéristiques essentielles de la Cour, identifiées à la lumière de son rôle dans la structure constitutionnelle tel qu'il avait évolué jusqu'au rapatriement. Ces caractéristiques essentielles incluent, à tout le moins, la juridiction de la Cour en tant que cour générale d'appel de dernier ressort pour le Canada, notamment en matière d'interprétation de la Constitution, et son indépendance.

[95] En résumé, la Cour suprême a acquis son statut constitutionnel parce qu'elle a évolué de manière à devenir une cour générale d'appel *de dernier ressort* pour le Canada, avec compétence sur les appels relatifs à toutes les lois fédérales et provinciales, y compris la Constitution. Ce statut a

3 This view is supported by, among others, Patrick J. Monahan and Byron Shaw, *Constitutional Law* (4th ed. 2013), at p. 205; Peter Oliver, "Canada, Quebec, and Constitutional Amendment" (1999), 49 *U.T.L.J.* 519, at p. 579; W.R. Lederman, "Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada" (1985), 26 *C. de D.* 195, at p. 196; Stephen A. Scott, "Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes" (1982), 20 *U.W.O. L. Rev.* 247, at p. 273.

3 Cette opinion est partagée notamment par Patrick J. Monahan et Byron Shaw, *Constitutional Law* (4<sup>e</sup> éd. 2013), p. 205; Peter Oliver, « Canada, Québec, and Constitutional Amendment » (1999), 49 *U.T.L.J.* 519, p. 579; W.R. Lederman, « Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada » (1985), 26 *C. de D.* 195, p. 196; Stephen A. Scott, « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes » (1982), 20 *U.W.O. L. Rev.* 247, p. 273.

*Act, 1982*, which made modifications of the Court's composition and other essential features subject to stringent amending procedures.

C. *The Arguments of the Attorney General of Canada*

[96] The Attorney General of Canada argues (i) that the mention of the Supreme Court in the *Constitution Act, 1982* has no legal force, and (ii) that the failed attempts to entrench the eligibility requirements in the Meech Lake Accord of 1987 and the Charlottetown Accord of 1992 demonstrate that Parliament and the provinces understood those requirements not to have been entrenched in 1982.

(1) The “Empty Vessels” Theory

[97] The Attorney General of Canada contends that the Supreme Court is not protected by Part V, because the *Supreme Court Act* is not enumerated in s. 52 of the *Constitution Act, 1982* as forming part of the Constitution of Canada. He essentially argues that the references to the “Supreme Court” in ss. 41(d) and 42(1)(d) are “empty vessels” to be filled only when the Court becomes *expressly* entrenched in the text of the Constitution: see for example Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 4-21. It follows from this, he argues, that Parliament retains the power to unilaterally make changes to the Court under s. 101 of the *Constitution Act, 1867* until such time as the Court is expressly entrenched.

[98] This contention is unsustainable. It would mean that the framers would have entrenched the Court's *exclusion* from constitutional protection: Stephen A. Scott, “Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes” (1982), 20 *U.W.O. L. Rev.* 247, at p. 272; Stephen A. Scott, “The Canadian Constitutional Amendment Process” (1982), 45 *Law & Contemp. Probs.* 249, at p. 261; see also Patrick J. Monahan and Byron

été confirmé dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui a assujéti toute modification portant sur la composition de la Cour et ses autres caractéristiques essentielles à des procédures de modification strictes.

C. *Les arguments du procureur général du Canada*

[96] Cependant, le procureur général du Canada plaide (i) que la mention de la Cour suprême dans la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas d'effet juridique, et (ii) que les vaines tentatives d'intégrer les conditions de nomination dans l'Accord du lac Meech en 1987 et dans l'Accord de Charlottetown en 1992 démontrent que le Parlement et les provinces estimaient que ces conditions n'avaient pas été constitutionnalisées en 1982.

(1) La thèse des « contenants vides »

[97] Le procureur général du Canada prétend que la Cour suprême du Canada n'est pas protégée par la partie V, parce que la *Loi sur la Cour suprême* n'est pas mentionnée à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* parmi les textes législatifs compris dans la Constitution du Canada. Il soutient essentiellement que les mentions de la « Cour suprême » aux al. 41d) et 42(1)d) sont des « contenants vides » dont le contenu ne sera déterminé que lorsque la Cour sera *expressément* inscrite dans le texte de la Constitution : voir par exemple Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), p. 4-21. Il s'ensuit, selon lui, que le Parlement conserve le pouvoir d'apporter unilatéralement des changements à la Cour en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, jusqu'à ce que la Cour soit expressément constitutionnalisée.

[98] Cet argument est dépourvu de fondement. Il signifierait que les auteurs du texte constitutionnel ont constitutionnalisé l'*exclusion* de la Cour suprême de toute protection constitutionnelle : Stephen A. Scott, « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes » (1982), 20 *U.W.O. L. Rev.* 247, p. 272; Stephen A. Scott, « The Canadian Constitutional Amendment Process » (1982), 45 *Law & Contemp. Probs.* 249,

Shaw, *Constitutional Law* (4th ed. 2013), at p. 204. It would also mean that the provinces agreed to insulate this unilateral federal power from amendment except through the exacting procedures in Part V.

[99] Accepting this argument would have two practical consequences that the provinces could not have intended. First, it would mean that Parliament could unilaterally and fundamentally change the Court, including Quebec's historically guaranteed representation, through ordinary legislation. Quebec, a signatory to the April Accord, would not have agreed to this, nor would have the other provinces. Second, it would mean that the Court would have less protection than at any other point in its history since the abolition of appeals to the Privy Council. This outcome illustrates the absurdity of denying Part V its plain meaning. The framers cannot have intended to diminish the constitutional protection accorded to the Court, while at the same time enhancing its constitutional role under the *Constitution Act, 1982*.

[100] Our constitutional history shows that ss. 41(d) and 42(1)(d) of the *Constitution Act, 1982* were enacted in the context of ongoing constitutional negotiations that anticipated future amendments relating to the Supreme Court. The amending procedures in Part V were meant to guide that process. By setting out in Part V how changes were to be made to the Supreme Court and its composition, the clear intention was to freeze the *status quo* in relation to the Court's constitutional role, pending future changes: Monahan and Shaw, at pp. 204-5; W. R. Lederman, "Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada" (1985), 26 *C. de D.* 195, at p. 200; Henri Brun, Guy Tremblay and Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel* (5th ed. 2008), at pp. 233-34. This reflects the political and social consensus at the time that the Supreme Court was an essential part of Canada's constitutional architecture.

p. 261; voir aussi Patrick J. Monahan et Byron Shaw, *Constitutional Law* (4<sup>e</sup> éd. 2013), p. 204. Cet argument signifierait aussi que les provinces ont accepté de mettre ce pouvoir unilatéral du Parlement à l'abri de toute modification, à moins que ne soient respectées les procédures astreignantes établies dans la partie V.

[99] Retenir cet argument entraînerait deux conséquences pratiques incompatibles avec l'intention des provinces. Premièrement, cela signifierait que le Parlement pourrait, par une loi ordinaire, modifier unilatéralement et fondamentalement la Cour suprême, y compris la représentation du Québec à la Cour, qui a toujours été garantie. Or, le Québec, qui a signé l'Accord d'avril, n'aurait certainement pas consenti à cela, et les autres provinces non plus. Deuxièmement, cela voudrait dire que la Cour serait moins bien protégée que jamais depuis l'abolition des appels au Conseil privé. Ce résultat illustre l'absurdité du rejet du sens ordinaire de la partie V. Les auteurs de celle-ci ne peuvent pas avoir eu l'intention de réduire la protection constitutionnelle accordée à la Cour, tout en accentuant le rôle constitutionnel que lui attribue la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[100] Notre histoire constitutionnelle révèle que les al. 41(d) et 42(1)(d) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont été adoptés dans le contexte de négociations constitutionnelles en prévision de modifications futures touchant la Cour suprême. Les procédures de modification établies dans la partie V visaient à orienter ce processus. Lorsque les auteurs du texte législatif ont précisé comment doivent être faites les modifications portant sur la Cour suprême et sa composition, ils avaient manifestement l'intention de préserver le statu quo quant au rôle constitutionnel de la Cour, jusqu'à ce que des modifications soient faites : Monahan et Shaw, p. 204-205; W. R. Lederman, « Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada » (1985), 26 *C. de D.* 195, p. 200; Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 233-234. Cette intention concorde avec le consensus politique et social de l'époque selon lequel la Cour suprême constitue un élément essentiel de l'architecture constitutionnelle du Canada.



[101] It is true that at Confederation, Parliament was given the authority through s. 101 of the *Constitution Act, 1867* to “provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada”. Parliament undoubtedly has the authority under s. 101 to enact routine amendments necessary for the continued maintenance of the Supreme Court, but only if those amendments do not change the constitutionally protected features of the Court. The unilateral power found in s. 101 of the *Constitution Act, 1867* has been overtaken by the Court’s evolution in the structure of the Constitution, as recognized in Part V of the *Constitution Act, 1982*. As a result, what s. 101 now requires is that Parliament maintain — and protect — the essence of what enables the Supreme Court to perform its current role.

(2) The Meech Lake Accord and the Charlottetown Accord

[102] The Attorney General of Canada argues that the Meech Lake Accord and the Charlottetown Accord would have expressly entrenched the qualifications for appointment to the Court in the Constitution, and that the failure to adopt these constitutional amendments means that the qualifications for appointment to the Court are not entrenched.

[103] We cannot accept this argument. As discussed above, the enactment of the *Constitution Act, 1982* protected the *status quo* regarding the Supreme Court. That expressly included the Court’s composition, of which Quebec’s representation on the Court is an integral part. The Meech Lake Accord and the Charlottetown Accord would have reformed the appointment process for the Court, and would have required that the Quebec judges on the Court be appointed from a list of candidates submitted by Quebec. These failed attempts at reform are evidence only of attempts at a broader reform of the selection process, but they shed no light on the issue of the Court’s existing constitutional protection. The failure of the Meech

[101] Il est vrai qu’au moment de la Confédération, l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a conféré au Parlement le pouvoir d’« adopter des mesures à l’effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d’appel pour le Canada ». Le Parlement peut certainement, aux termes de l’art. 101, adopter les modifications d’ordre administratif nécessaires au maintien de la Cour suprême, mais uniquement à condition que ces modifications ne changent rien aux caractéristiques de la Cour qui bénéficient d’une protection constitutionnelle. La nature du pouvoir unilatéral conféré à l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été modifiée par l’évolution de la Cour dans la structure constitutionnelle, comme le reconnaît la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, l’art. 101 exige maintenant que le Parlement préserve — et protège — les éléments essentiels qui permettent à la Cour suprême de s’acquitter de sa mission actuelle.

(2) L’Accord du lac Meech et l’Accord de Charlottetown

[102] Le procureur général du Canada plaide que l’Accord du lac Meech et l’Accord de Charlottetown auraient expressément constitutionnalisés les conditions de nomination à la Cour et que, comme ces modifications constitutionnelles n’ont pas été adoptées, les conditions de nomination à la Cour ne sont pas inscrites dans la Constitution.

[103] Nous ne pouvons pas retenir cet argument. Comme nous l’avons rappelé, l’adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* a protégé le statu quo en ce qui concerne la Cour suprême. Ce statu quo incluait expressément la composition de la Cour, dont la représentation du Québec à la Cour fait partie intégrante. L’Accord du lac Meech et l’Accord de Charlottetown auraient réformé le processus de nomination des juges de la Cour et exigé que les juges pour le Québec soient nommés parmi les candidats figurant sur une liste soumise par le Québec. Ces vaines tentatives de réforme prouvent uniquement qu’on a tenté de réformer plus généralement le processus de sélection, mais ne nous apprennent rien sur la protection constitutionnelle

Lake Accord and Charlottetown Accord simply means that the *status quo* regarding the Court's constitutional role remains intact.

D. *The Effects of the Declaratory Provisions Enacted by Parliament*

[104] Changes to the composition of the Supreme Court must comply with s. 41(d) of the *Constitution Act, 1982*. Sections 4(1), 5 and 6 of the *Supreme Court Act* codify the composition of and eligibility requirements for appointment to the Supreme Court of Canada as they existed in 1982. Of particular relevance is s. 6, which reflects the Court's bijural character and represents the key to the historic bargain that created the Court in the first place. As we discussed above, the guarantee that one third of the Court's judges would be chosen from Quebec ensured that civil law expertise and that Quebec's legal traditions would be represented on the Court and that the confidence of Quebec in the Court would be enhanced.

[105] Both the general eligibility requirements for appointment and the specific eligibility requirements for appointment from Quebec are aspects of the composition of the Court. It follows that any substantive change in relation to those eligibility requirements is an amendment to the Constitution in relation to the composition of the Supreme Court of Canada and triggers the application of Part V of the *Constitution Act, 1982*. Any change to the eligibility requirements for appointment to the three Quebec positions on the Court codified in s. 6 therefore requires the unanimous consent of Parliament and the 10 provinces.

[106] Since s. 6.1 of the *Supreme Court Act* (cl. 472 of *Economic Action Plan 2013 Act, No. 2*) substantively changes the eligibility requirements for appointments to the Quebec seats on the Court under s. 6, it seeks to bring about an amendment to the Constitution of Canada on a matter requiring unanimity of Parliament and the provincial legislatures. The assertion that s. 6.1 is a declaratory provision does not alter its import. Section 6.1 is

actuelle de la Cour. L'échec de l'Accord du lac Meech et de l'Accord de Charlottetown signifie simplement que le statu quo quant au rôle constitutionnel de la Cour est demeuré intact.

D. *Les effets des dispositions déclaratoires édictées par le Parlement*

[104] Tout changement dans la composition de la Cour doit être fait conformément à l'al. 41d) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 4(1) et les art. 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême* codifient la composition de la Cour suprême du Canada et les conditions de nomination de ses juges telles qu'elles existaient en 1982. L'article 6 est particulièrement pertinent, car il reflète le caractère bijuridique de la Cour et représente l'élément clé de l'entente historique qui a permis la création de la Cour suprême. Rappelons que la garantie qu'un tiers des juges de la Cour proviendraient du Québec assurait que la Cour posséderait une expertise en droit civil et que les traditions juridiques, et valeurs sociales du Québec y seraient représentées et renforçait la confiance du Québec envers la Cour.

[105] Les conditions de nomination générales et les conditions de nomination particulières pour le Québec sont des aspects de la composition de la Cour. En conséquence, toute modification importante portant sur ces conditions de nomination constitue une modification de la Constitution portant sur la composition de la Cour suprême du Canada et entraîne l'application de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Toute modification des conditions de nomination aux trois postes de juge de la Cour réservés pour le Québec codifiées à l'art. 6 exige donc le consentement unanime du Parlement et des 10 provinces.

[106] Comme l'art. 6.1 de la *Loi sur la Cour suprême* (l'art. 472 du projet de loi intitulé *Loi n° 2 sur le plan d'action économique de 2013*) modifie substantiellement les conditions de nomination d'un juge pour le Québec fixées à l'art. 6, il apporte une modification à la Constitution du Canada portant sur un sujet qui requiert le consentement unanime du Parlement et de l'assemblée législative de chaque province. L'affirmation que l'art. 6.1 est

therefore *ultra vires* of Parliament acting alone. However, s. 5.1 (cl. 471) does not alter the law as it existed in 1982 and is therefore validly enacted under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, although it is redundant.

## VI. Responses to the Reference Questions

[107] We answer the reference questions as follows:

1. Can a person who was, at any time, an advocate of at least 10 years standing at the Barreau du Québec be appointed to the Supreme Court of Canada as a member of the Supreme Court from Quebec pursuant to sections 5 and 6 of the *Supreme Court Act*?

Answer: No.

2. Can Parliament enact legislation that requires that a person be or has previously been a barrister or advocate of at least 10 years standing at the bar of a province as a condition of appointment as a judge of the Supreme Court of Canada or enact the annexed declaratory provisions as set out in clauses 471 and 472 of the Bill entitled *Economic Action Plan 2013 Act, No. 2*?

Answer: With respect to the three seats reserved for Quebec on the Court, the answer is no. With respect to the declaratory provision set out in cl. 472, the answer is no. With respect to cl. 471, the answer is yes.

The following is the opinion of

MOLDAVER J. (dissenting)—

### I. Introduction

[108] On October 22, 2013, the Governor General in Council referred the following two questions to this Court for determination pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26 (“Act”):

1. Can a person who was, at any time, an advocate of at least 10 years standing at the Barreau du Québec be

une disposition déclaratoire ne change en rien son effet. Par conséquent, l’art. 6.1 excède le pouvoir du Parlement agissant seul. Toutefois, l’art. 5.1 (art. 471) ne modifie pas le droit existant en 1982; il a donc été valablement adopté en vertu de l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, bien qu’il soit redondant.

## VI. Réponses aux questions du renvoi

[107] Nous répondons comme suit aux questions du renvoi :

1. Une personne qui a autrefois été inscrite comme avocat pendant au moins dix ans au Barreau du Québec peut-elle être nommée à la Cour suprême du Canada à titre de juge de la Cour suprême pour le Québec conformément aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*?

Réponse : Non

2. Le Parlement peut-il légiférer pour exiger, à titre de condition de sa nomination au poste de juge de la Cour suprême du Canada, qu’une personne soit ou ait été inscrite comme avocat au barreau d’une province pendant au moins dix ans ou adopter des dispositions déclaratoires telles que celles prévues aux articles 471 et 472 du projet de loi intitulé *Loi n° 2 sur le plan d’action économique de 2013*, ci-annexé?

Réponse : Pour ce qui est des trois postes de juge de la Cour réservés pour le Québec, la réponse est non. Pour ce qui est de la disposition déclaratoire énoncée dans l’art. 472, la réponse est non. Concernant l’art. 471, la réponse est oui.

Version française de l’avis rendu par

LE JUGE MOLDAVER (dissident)—

### I. Introduction

[108] Le 22 octobre 2013, le gouverneur général en conseil a soumis les questions suivantes au jugement de la Cour conformément à l’art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26 (« Loi ») :

1. Une personne qui a autrefois été inscrite comme avocat pendant au moins dix ans au Barreau du Québec peut-elle

appointed to the Supreme Court of Canada as a member of the Supreme Court from Quebec pursuant to sections 5 and 6 of the *Supreme Court Act*?

2. Can Parliament enact legislation that requires that a person be or has previously been a barrister or advocate of at least 10 years standing at the bar of a province as a condition of appointment as a judge of the Supreme Court of Canada or enact the annexed declaratory provisions as set out in clauses 471 and 472 of the Bill entitled *Economic Action Plan 2013 Act, No. 2*?

[109] This reference stems from the appointment of the Honourable Justice Marc Nadon to fill one of the three seats on this Court allocated to the Province of Quebec. Justice Nadon is a former member of the Quebec bar of almost 20 years standing. At the time of his appointment to this Court, he was a judge of the Federal Court of Appeal.<sup>4</sup>

[110] The issue raised in Question 1 is whether former advocates of the Quebec bar of at least 10 years standing meet the eligibility requirements in the *Supreme Court Act* for appointment to the Quebec seats on this Court. That is a legal issue, not a political one. It is not the function of this Court to comment on the merits of an appointment or the selection process that led to it. Those are political matters that belong to the executive branch of government. They form no part of our mandate.

[111] The answer to Question 1 lies in the correct interpretation of ss. 5 and 6 of the Act. For reasons that follow, I would answer Question 1 in the affirmative. Under ss. 5 and 6 of the Act, both current and past advocates of at least 10 years standing at the Quebec bar are eligible for appointment to this Court. In view of my answer to Question 1, the legislation to which Question 2 refers is redundant. It does nothing more than restate the

<sup>4</sup> Justice Nadon was appointed to the Federal Court Trial Division in 1993. He was appointed to fill one of the 10 seats on that court reserved for the Province of Quebec. He was later elevated to the Federal Court Appeal Division in 2001 where he occupied a seat on that court reserved for the Province of Quebec.

être nommée à la Cour suprême du Canada à titre de juge de la Cour suprême pour le Québec conformément aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*?

2. Le Parlement peut-il légiférer pour exiger, à titre de condition de sa nomination au poste de juge de la Cour suprême du Canada, qu'une personne soit ou ait été inscrite comme avocat au barreau d'une province pendant au moins dix ans ou adopter des dispositions déclaratoires telles que celles prévues aux articles 471 et 472 du projet de loi intitulé *Loi n° 2 sur le plan d'action économique de 2013*, ci-annexé?

[109] Ce renvoi découle de la nomination de l'honorable juge Marc Nadon à l'un des trois postes de juge de la Cour réservés à la province de Québec. Le juge Nadon a autrefois été membre du Barreau du Québec pendant près de 20 ans. Au moment de sa nomination à la Cour, il était juge à la Cour d'appel fédérale<sup>4</sup>.

[110] Pour répondre à la question 1, il faut décider si les anciens avocats inscrits au Barreau du Québec pendant au moins 10 ans répondent aux conditions de nomination fixées dans la *Loi sur la Cour suprême* relativement aux postes de juge réservés au Québec. Il s'agit d'une question d'ordre juridique, et non politique. Ce n'est pas le rôle de la Cour de faire des commentaires sur l'opportunité d'une nomination ou sur le processus de sélection qui l'a précédée. Ce sont là des questions d'ordre politique qui relèvent du pouvoir exécutif. Elles n'entrent pas dans notre mandat.

[111] La réponse à la question 1 réside dans l'interprétation juste des art. 5 et 6 de la Loi. Pour les motifs qui suivent, je répondrais à la question 1 par l'affirmative. Les articles 5 et 6 permettent de nommer à la Cour tout avocat, actuel ou ancien, inscrit pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec. Compte tenu de ma réponse à la question 1, le texte législatif mentionné dans la question 2 est redondant. Il n'a aucun autre effet que de répéter

<sup>4</sup> Le juge Nadon a été nommé à la Division de première instance de la Cour fédérale en 1993. Il a alors été nommé pour combler l'un des 10 postes de cette cour réservés à la province de Québec. Il a ensuite accédé à la Division d'appel de la Cour fédérale en 2001, où il occupait un siège de cette cour réservé à la province de Québec.

law as it exists. Accordingly, I find it unnecessary to answer Question 2.

[112] That said, as the majority reasons make clear, a different response to Question 1 brings Question 2 to the forefront and makes it far from redundant. It gives rise to constitutional issues that are profoundly important to this Court and its place in our constitutional democracy.

[113] With that in mind, although I need not address the constitutional issues in view of my response to Question 1, I choose to do so to this extent. The coexistence of two distinct legal systems in Canada — the civil law system in Quebec and the common law system elsewhere — is a unique and defining characteristic of our country. It is critical to both Quebec and Canada as a whole that persons with training in civil law form an integral part of this country's highest court. Indeed, a guarantee to that effect was central to the bargain struck between Parliament and Quebec when the Supreme Court was first created in 1875.<sup>5</sup>

[114] Section 6 of the Act protects Quebec's right to have three seats on this Court. Like the majority, I agree that this guarantee has been constitutionally entrenched, and that the three seats allotted to Quebec are an integral part of this Court's composition. As such, any change in this regard would require the unanimous consent of the Senate, the House of Commons, and the legislative assembly of each province under s. 41(d) in Part V of the *Constitution Act, 1982*.

[115] I stop there, however. I do so because I have difficulty with the notion that an amendment

ce que la loi dit déjà. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de répondre à la question 2.

[112] Cela dit, comme les motifs des juges majoritaires le montrent clairement, une réponse différente à la question 1 place la question 2 à l'avant-plan, à mille lieues de la redondance. Elle soulève des questions constitutionnelles de grande importance pour la Cour et pour son rôle dans notre démocratie constitutionnelle.

[113] Bien que ma réponse à la question 1 me dispense d'examiner ces questions constitutionnelles, j'ai décidé de le faire dans la mesure de ce qui suit. La coexistence de deux systèmes juridiques distincts au Canada — le système de droit civil au Québec et le système de common law ailleurs — constitue une caractéristique unique et fondamentale de notre pays. Il est crucial pour le Québec et pour l'ensemble du Canada que des personnes formées en droit civil fassent partie intégrante du plus haut tribunal du pays. En fait, une garantie à cet égard était un élément capital du compromis auquel en sont arrivés le Parlement et le Québec au moment de la création de la Cour suprême en 1875<sup>5</sup>.

[114] L'article 6 de la Loi protège le droit du Québec aux trois sièges qui lui sont réservés à la Cour. À l'instar des juges majoritaires, je reconnais que cette garantie a été intégrée à la Constitution et que les trois postes réservés au Québec constituent un élément essentiel de la composition de la Cour. De ce fait, tout changement à cet égard exigerait le consentement unanime du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province conformément à l'al. 41d) figurant dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[115] Je n'en dirai pas plus. Et ce, parce que j'ai du mal à concevoir qu'une modification de l'art. 6

<sup>5</sup> At that time, the Act required two of the Court's six judges to be appointed from Quebec (*The Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11, s. 4). In 1949, when the size of the Court was increased to nine judges, the number of Quebec appointees was increased to three (*An Act to amend the Supreme Court Act*, S.C. 1949 (2nd Sess.), c. 37, s. 1).

<sup>5</sup> À l'époque, la Loi exigeait que deux des six juges de la Cour proviennent du Québec (*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11, art. 4). En 1949, lorsque le nombre de juges à la Cour a augmenté pour passer à neuf, le nombre de nominations pour le Québec a été haussé à trois (*Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, S.C. 1949 (2<sup>e</sup> sess.), ch. 37, art. 1).

to s. 6 making former Quebec advocates of at least 10 years standing eligible for appointment to the Court would require unanimity, whereas an amendment that affected other features of the Court, including its role as a general court of appeal for Canada and its independence, could be achieved under s. 42(1)(d) of the *Constitution Act, 1982* using the 7-50 formula. Put simply, I am not convinced that any and all changes to the eligibility requirements will necessarily come within “the composition of the Supreme Court of Canada” in s. 41(d).

[116] Be that as it may, the first question before us today raises a much narrower issue. Specifically, we are asked to decide whether Quebec appointees are subject to more stringent eligibility requirements than their common law counterparts.

[117] All members of this Court agree that under s. 5 of the Act, both *current and former* members of a provincial bar of at least 10 years standing, and both *current and former* judges of a provincial superior court, are eligible for appointment to this Court. We part company, however, on whether s. 6 restricts the eligibility criteria, in the case of the three Quebec seats, to only *current* members of the Quebec bar and *current* judges of Quebec’s superior courts. My colleagues conclude that it does; I reach the opposite conclusion. In my respectful view, the same eligibility criteria in s. 5 apply to all appointees, including those chosen from Quebec institutions to fill a Quebec seat. The currency requirement is not supported by the text of s. 6, its context, its legislative history, or its underlying object. Nor is such a requirement supported by the scheme of the *Supreme Court Act*. In short, currency has never been a requirement under s. 6 and, in my view, any attempt to impose it must be rejected.

visant à permettre que les anciens avocats inscrits au Barreau du Québec pendant au moins 10 ans soient admissibles à une nomination à la Cour exigerait l’unanimité, alors qu’il serait possible de modifier d’autres caractéristiques de la Cour — par exemple son rôle de cour générale d’appel pour le Canada et son indépendance — en appliquant la formule 7-50, en vertu de l’al. 42(1)d) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En clair, je ne suis pas convaincu que tout changement des conditions de nomination porte sur « la composition de la Cour suprême du Canada » au sens de l’al. 41d).

[116] Quoi qu’il en soit, la première question qui nous est soumise est beaucoup plus restreinte. On nous demande spécifiquement de déterminer si les conditions de nomination sont plus strictes pour les personnes provenant du Québec que pour celles provenant des provinces de common law.

[117] Les juges majoritaires et moi sommes tous d’avis que, suivant l’art. 5 de la Loi, les avocats, *actuels et anciens*, inscrits à un barreau provincial pendant au moins 10 ans, ainsi que les juges, *actuels et anciens*, d’une cour supérieure provinciale, peuvent être nommés juges de notre Cour. Nous différons toutefois d’avis quant à savoir si, dans le cas des trois sièges réservés au Québec, l’art. 6 restreint les conditions de nomination aux seuls membres *actuels* du Barreau du Québec et aux juges *actuels* des cours supérieures de cette province. Contrairement à mes collègues, j’estime que ce n’est pas le cas. À mon humble avis, les mêmes conditions de nomination, énoncées à l’art. 5, s’appliquent à tous les candidats, y compris ceux qui sont choisis parmi les institutions québécoises pour occuper un siège réservé au Québec. L’exigence voulant qu’une personne soit inscrite au barreau au moment de sa nomination ne trouve un appui ni dans le texte de l’art. 6, ni dans son contexte, son historique législatif ou l’objet qui le sous-tend. Cette exigence de contemporanéité ne trouve pas non plus d’appui dans l’économie de la *Loi sur la Cour suprême*. En bref, la contemporanéité n’a jamais été exigée à l’art. 6 et j’estime que toute tentative en vue de l’imposer doit être repoussée.

## II. Analysis

### A. *The Text, Context and History of Sections 5 and 6*

[118] Sections 5 and 6 of the Act are central to the current debate:

5. [Who may be appointed judges.] Any person may be appointed a judge who is or has been a judge of a superior court of a province or a barrister or advocate of at least ten years standing at the bar of a province.

6. [Three judges from Quebec.] At least three of the judges shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province.

5. [Conditions de nomination.] Les juges sont choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure provinciale et parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans au barreau d'une province.

6. [Représentation du Québec.] Au moins trois des juges sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci.

[119] Section 5 sets out the threshold eligibility requirements to be appointed a judge of this Court. Section 6 guarantees three Quebec seats on the Court by specifying that, for at least three of the judges, the bar mentioned in s. 5 is the Barreau du Québec and the superior courts mentioned in s. 5 are the Superior Court of Quebec and the Quebec Court of Appeal. Put another way, s. 6 builds on s. 5 by requiring that for three of the seats on this Court, the candidates who meet the criteria of s. 5 must be chosen from three Quebec institutions (the Barreau du Québec, the Quebec Court of Appeal, and the Superior Court of Quebec). Section 6 does not impose any additional requirements.

[120] Although the current French version of s. 5 may be cloudy, the current English version is clear. My colleagues point out, and I agree, that the English version therefore governs the interpretation of s. 5 according to the shared meaning rule of bilingual interpretation. As the words “is or has been” indicate, individuals are eligible for appointment if they are current *or* former members of

## II. Analyse

### A. *Le texte, le contexte et l'histoire des art. 5 et 6*

[118] Les articles 5 et 6 de la Loi sont au cœur du débat qui nous occupe :

5. [Conditions de nomination.] Les juges sont choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure provinciale et parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans au barreau d'une province.

6. [Représentation du Québec.] Au moins trois des juges sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci.

5. [Who may be appointed judges.] Any person may be appointed a judge who is or has been a judge of a superior court of a province or a barrister or advocate of at least ten years standing at the bar of a province.

6. [Three judges from Quebec.] At least three of the judges shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province.

[119] L'article 5 énonce les conditions de base auxquelles une personne doit satisfaire pour être nommée juge de la Cour. L'article 6 garantit au Québec trois sièges à la Cour en précisant que, pour au moins trois des juges, le barreau mentionné à l'art. 5 est celui du Québec, et les cours supérieures mentionnées à l'art. 5 sont la Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel du Québec. Autrement dit, l'art. 6 précise l'art. 5 en exigeant que, pour trois postes de juge de notre Cour, les candidats qui satisfont aux critères de l'art. 5 soient choisis parmi trois institutions québécoises (le Barreau du Québec, la Cour d'appel du Québec et la Cour supérieure du Québec). L'article 6 n'impose aucune autre condition.

[120] Même si la version française actuelle de l'art. 5 peut être nébuleuse, la version anglaise actuelle est claire. Mes collègues soulignent donc, avec raison selon moi, que, conformément à la règle d'interprétation des lois bilingues selon laquelle il faut retenir le sens commun aux deux versions, il faut se fonder sur la version anglaise de l'art. 5 pour l'interpréter. Comme l'indiquent les mots « *is or*

a provincial bar of at least 10 years standing, or if they are current *or* former judges of a superior court. My colleagues accept this to be the case. However, for the Quebec seats, they say that s. 6 imposes the additional requirement that candidates must be *current* members of the Quebec bar or *current* judges of a superior court.

[121] With respect, I disagree. Sections 5 and 6 are inextricably linked — and that is the key to appreciating that the minimum eligibility requirements of s. 5 apply equally to the Quebec appointees referred to in s. 6. Nowhere is this link more evident than in the wording of ss. 5 and 6 themselves, which I repeat here for ease of reference with key words emphasized:

5. [Who may be appointed judges.] Any person may be appointed a judge who is or has been a judge of a superior court of a province or a barrister or advocate of at least ten years standing at the bar of a province.

6. [Three judges from Quebec.] At least three of the judges shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province.

5. [Conditions de nomination.] Les juges sont choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure provinciale et parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans au barreau d'une province.

6. [Représentation du Québec.] Au moins trois des juges sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci.

[122] First, the words “[a]ny person” in s. 5 are a clear indication that the eligibility requirements set out in that section apply to *all* appointees. Second, the words “the judges” in s. 6 refer explicitly to the description of *the* judges provided in s. 5. Manifestly, one must read s. 5 in order to understand *which* judges s. 6 is referring to and what their eligibility requirements are.

*has been* », une personne peut être nommée si elle est un avocat, actuel *ou* ancien, inscrit pendant au moins 10 ans au barreau d'une province, ou si elle est un juge, actuel *ou* ancien, d'une cour supérieure. Mes collègues acceptent cette conclusion. Toutefois, relativement aux sièges réservés pour le Québec, ils affirment que l'art. 6 impose comme exigence supplémentaire que les candidats soient des membres *actuels* du Barreau du Québec ou qu'ils soient des juges *actuels* d'une cour supérieure du Québec.

[121] En toute déférence, je ne partage pas leur avis. Les articles 5 et 6 sont inextricablement liés — et c'est là la clé pour comprendre que les conditions de nomination minimales de l'art. 5 s'appliquent également à la nomination des juges pour le Québec dont il est question à l'art. 6. Ce lien n'est nulle part plus évident que dans la formulation des art. 5 et 6 eux-mêmes, que je répète ici par souci de commodité, en en soulignant les termes clés :

5. [Conditions de nomination.] Les juges sont choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure provinciale et parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans au barreau d'une province.

6. [Représentation du Québec.] Au moins trois des juges sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci.

5. [Who may be appointed judges.] Any person may be appointed a judge who is or has been a judge of a superior court of a province or a barrister or advocate of at least ten years standing at the bar of a province.

6. [Three judges from Quebec.] At least three of the judges shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province.

[122] Tout d'abord, les mots « [l]es juges » à l'art. 5 indiquent clairement que les conditions de nomination qu'énonce cet article s'appliquent à *toutes* les personnes nommées juges. Ensuite, les mots « des juges » à l'art. 6 renvoient explicitement à la description *des* juges de l'art. 5. Manifestement, il faut lire l'art. 5 afin de comprendre *quels* juges sont mentionnés à l'art. 6 et quelles sont les conditions de leur nomination.



[123] Apart from these textual cues, an absurdity results if s. 6 is *not* read in conjunction with s. 5. Section 6 says nothing about the length of Quebec bar membership required before an individual will be eligible for one of the Quebec seats on this Court. Hence, for the purposes of s. 6, if it is not read in conjunction with s. 5, *any* member of the Quebec bar, including a newly minted member of one day's standing, would be eligible for a Quebec seat on this Court. Faced with this manifest absurdity, the majority acknowledges that the phrase "advocates of that Province" in s. 6 *must* be linked to the 10-year eligibility requirement for members of the bar specified in s. 5.

[124] But that, they say, is where the link ends. It does not extend to the fact that under s. 5, both current and past members of the bar of at least 10 years standing are eligible. With respect, this amounts to cherry-picking. Choosing from s. 5 only those aspects of it that are convenient — and jettisoning those that are not — is a principle of statutory interpretation heretofore unknown.

[125] Given that s. 6 contains an explicit reference to the eligibility criteria set out in s. 5 and that an absurdity would result if s. 6 did not take its meaning from s. 5, the next logical question to ask is: What is it in s. 6 that imposes a currency requirement on Quebec appointees? The answer, in my view, is nothing.

[126] Contrary to the view of the majority, the words "from among" found in s. 6 do not, with respect, impose a currency requirement on Quebec appointees. The words convey no temporal meaning. They take their meaning from the surrounding context and cannot, on their own, support the contention that a person must be a *current* member of the bar or bench to be eligible for a Quebec seat. In short, they do not alter the group to which s. 6 refers — the group described in s. 5.

[123] Mises à part ces indications textuelles, l'art. 6 mène à un résultat absurde si on *ne* le lit *pas* en conjonction avec l'art. 5. L'article 6 n'indique aucunement pendant combien de temps une personne doit être inscrite au barreau pour devenir admissible à occuper l'un des sièges de la Cour réservés au Québec. Par conséquent, si on ne lit pas l'art. 6 en conjonction avec l'art. 5, *tout* membre du Barreau du Québec, y compris un avocat néophyte admis au barreau la veille, serait admissible à occuper l'un des sièges de la Cour réservés au Québec. Devant ce résultat manifestement absurde, les juges de la majorité reconnaissent que l'expression « avocats de [la province] » à l'art. 6 *doit* être liée à la condition d'inscription au barreau pendant 10 ans que pose l'art. 5.

[124] Mais, disent-ils, le lien s'arrête là. Il ne s'étend pas au fait que, pour l'application de l'art. 5, tous les avocats, actuels et anciens, inscrits au barreau pendant au moins 10 ans peuvent être nommés juges de la Cour. J'estime, en toute déférence, qu'il s'agit d'une interprétation sélective. Il n'existe pas à ce jour de principe d'interprétation des lois qui permette de puiser seulement les aspects qui nous agréent dans l'art. 5 — et de rejeter les autres.

[125] Étant donné que l'art. 6 renvoie explicitement aux critères d'admissibilité énoncés à l'art. 5 et qu'il serait absurde que l'art. 6 ne tire pas son sens de l'art. 5, il faut logiquement se poser la question suivante : qu'est-ce qui, à l'art. 6, impose une exigence de contemporanéité aux personnes nommées pour le Québec? À mon avis, la réponse est rien du tout.

[126] Contrairement aux juges majoritaires, j'estime, avec égards, que le mot « parmi », à l'art. 6, n'impose pas une exigence de contemporanéité aux juges nommés pour le Québec. Ce terme n'a aucune signification temporelle. Il tire son sens du contexte et ne peut, en soi, appuyer la prétention qu'une personne doit être un membre *actuel* du barreau ou de la magistrature pour être nommée juge de notre Cour pour le Québec. En bref, il ne modifie pas le groupe de personnes visé à l'art. 6 — celui qui est décrit à l'art. 5.

[127] If Parliament *had* intended to distinguish Quebec appointees from other appointees by requiring that Quebec judges be current judges or current advocates, surely it would have said so in clear terms. It would not have masked this crucial distinction between Quebec candidates and non-Quebec candidates by using words as ambiguous and inconclusive as “from among”. The addition of the word “current” before the words “judges” and “advocates” in s. 6 would have been a simple — and obvious — solution.

[128] Not only do the words “from among” not convey any temporal meaning, they support the view that ss. 5 and 6 are inextricably linked. This is apparent when one considers the words of the original 1875 Act (S.C. 1875, c. 11). At the time, ss. 5 and 6 were part of the same sentence — s. 4 of the 1875 Act. That provision set out the eligibility criteria for appointment to the newly created Supreme Court:

4. Her Majesty may appoint, by letters patent, under the Great Seal of Canada, one person, who is, or has been, a Judge of one of the Superior Courts in any of the Provinces forming part of the Dominion of Canada, or who is a Barrister or Advocate of at least ten years' standing at the Bar of any one of the said Provinces, to be Chief Justice of the said Court, and five persons who are, or have been, respectively, Judges of one of the said Superior Courts, or who are Barristers or Advocates of at least ten years' standing at the Bar of one of the said Provinces, to be Puisne Judges of the said Court, two of whom at least shall be taken from among the Judges of the Superior Court or Court of Queen's Bench, or the Barristers or Advocates of the Province of Quebec; and vacancies in any of the said offices shall, from time to time, be filled in like manner. The Chief Justice and Judges of the Supreme Court shall be respectively the Chief Justice and Judges of the Exchequer Court: they shall reside at the City of Ottawa, or within five miles thereof.

4. Sa Majesté pourra nommer, par lettres patentes sous le grand sceau du Canada, — comme juge en chef de cette cour, — une personne étant ou ayant été juge de l'une des cours supérieures dans quelqu'une des provinces formant la Puissance du Canada, ou un avocat ayant pratiqué pendant au moins dix ans au barreau de quelqu'une de

[127] Si le législateur *avait eu* l'intention de faire une distinction entre les personnes nommées pour le Québec et les autres personnes, en exigeant des juges du Québec qu'ils soient des juges actuels ou des membres actuels du barreau, il l'aurait certainement indiqué en termes clairs. Il n'aurait pas masqué cette distinction cruciale entre les candidats du Québec et les autres candidats au moyen d'un terme aussi ambigu et non concluant que le mot « parmi ». L'ajout du mot « actuels » après les mots « juges » et « avocats » à l'art. 6 se serait avéré une solution simple et évidente.

[128] En plus de n'avoir aucune signification temporelle, le mot « parmi » renforce l'idée d'un lien inextricable entre les art. 5 et 6. C'est ce qui ressort à l'examen des termes employés à l'origine dans la Loi de 1875 (S.C. 1875, ch. 11). À l'époque, le texte des art. 5 et 6 actuels se retrouvait dans une même phrase — à l'art. 4 de la Loi de 1875. Cette disposition énonçait les conditions de nomination des juges de la nouvelle Cour suprême :

4. Sa Majesté pourra nommer, par lettres patentes sous le grand sceau du Canada, — comme juge en chef de cette cour, — une personne étant ou ayant été juge de l'une des cours supérieures dans quelqu'une des provinces formant la Puissance du Canada, ou un avocat ayant pratiqué pendant au moins dix ans au barreau de quelqu'une de ces provinces, et, — comme juges puînés de cette cour, — cinq personnes étant ou ayant été respectivement juges de l'une de ces cours supérieures, ou étant avocats de pas moins de dix ans de pratique au barreau de quelqu'une de ces provinces, dont deux au moins seront pris parmi les juges de la Cour Supérieure ou de la Cour du Banc de la Reine, ou parmi les procureurs ou avocats de la province de Québec; et les vacances survenant dans ces charges seront, au besoin, remplies de la même manière. Le juge en chef et les juges de la Cour Suprême seront respectivement le juge en chef et les juges de la Cour de l'Échiquier. Ils résideront en la cité d'Ottawa, ou dans un rayon de cinq milles de cette cité.

4. Her Majesty may appoint, by letters patent, under the Great Seal of Canada, one person, who is, or has been, a Judge of one of the Superior Courts in any of the Provinces forming part of the Dominion of Canada, or who is a Barrister or Advocate of at least ten years' standing at the Bar of any one of the said Provinces, to

ces provinces, et, — comme juges puînés de cette cour, — cinq personnes étant ou ayant été respectivement juges de l'une de ces cours supérieures, ou étant avocats de pas moins de dix ans de pratique au barreau de quelqu'une de ces provinces, dont deux au moins seront pris parmi les juges de la Cour Supérieure ou de la Cour du Banc de la Reine, ou parmi les procureurs ou avocats de la province de Québec; et les vacances survenant dans ces charges seront, au besoin, remplies de la même manière. Le juge en chef et les juges de la Cour Suprême seront respectivement le juge en chef et les juges de la Cour de l'Échiquier. Ils résideront en la cité d'Ottawa, ou dans un rayon de cinq milles de cette cité.

[129] This provision uses the words “from among” in relation to Quebec superior court judges. And yet, the surrounding context, namely, the earlier use of the words “who are, or have been, respectively, Judges”, makes it abundantly clear that eligibility for the Quebec seats extended to both current *and* former judges — and nothing has ever changed in that regard. Nowhere in Hansard has it ever been suggested — nor in any subsequent revisions has it ever been proclaimed — that former judges of the Quebec superior courts are not eligible for appointment to this Court. What did change was that in 1886, *former* barristers and advocates of at least 10 years standing became eligible for appointment to this Court, along with current barristers and advocates (R.S.C. 1886, c. 135, s. 4(2)).

[130] And once it is understood that current and former judges of the Quebec superior courts have always been included in the eligibility pool, it is a short step to realize that the 1886 amendments did not reduce the eligible groups for Quebec judges to two — rather, they increased the number of eligible groups in Quebec (and elsewhere in Canada) from three to four.<sup>6</sup> One can scour the Hansard debates of 1875 — or at any point in time since then — and find no mention that Parliament intended to narrow

<sup>6</sup> The present tense words “who is” and “who are”, used in s. 4 of the 1875 Act in reference to barristers and advocates, were removed, making it clear that both current and former barristers and advocates were eligible. As a result of the 1886 revision, s. 4(2) read: “Any person may be appointed a judge of the court who is or has been a judge of a superior court of any of the Provinces of Canada, or a barrister or advocate of at least ten years’ standing at the bar of any of the said provinces”.

be Chief Justice of the said Court, and five persons who are, or have been, respectively, Judges of one of the said Superior Courts, or who are Barristers or Advocates of at least ten years’ standing at the Bar of one of the said Provinces, to be Puisne Judges of the said Court, two of whom at least shall be taken from among the Judges of the Superior Court or Court of Queen’s Bench, or the Barristers or Advocates of the Province of Quebec; and vacancies in any of the said offices shall, from time to time, be filled in like manner. The Chief Justice and Judges of the Supreme Court shall be respectively the Chief Justice and Judges of the Exchequer Court : they shall reside at the City of Ottawa, or within five miles thereof.

[129] Cette disposition utilise le mot « parmi » en rapport avec les juges des cours supérieures du Québec. Et pourtant, le contexte, soit les mots « étant ou ayant été respectivement juges » utilisés précédemment dans la disposition, indique très clairement que les juges actuels *et* anciens étaient admissibles à un siège de la Cour réservé pour le Québec — et rien n’a jamais changé à cet égard. Il n’a jamais été suggéré dans le Hansard — et aucune révision subséquente des lois n’a jamais proclamé — que les anciens juges des cours supérieures du Québec ne peuvent pas être nommés juges de notre Cour. Ce qui a changé, c’est qu’en 1886, les *anciens* avocats inscrits au barreau pendant 10 ans sont devenus admissibles à siéger à la Cour, tout comme les avocats actuels (S.R.C. 1886, ch. 135, par. 4(2)).

[130] Lorsqu’on comprend que les juges actuels et anciens des cours supérieures du Québec ont toujours été inclus dans le bassin des personnes admissibles, il n’y a qu’un pas à faire pour constater que les modifications de 1886 n’ont pas réduit à deux le nombre des groupes de personnes admissibles pour le Québec — ce nombre, au Québec (et ailleurs au Canada), a plutôt été porté de trois à quatre<sup>6</sup>. On peut passer au peigne fin le Hansard des débats de 1875 — ou de toute année ultérieure —

<sup>6</sup> Le mot « étant » employé à l’art. 4 de la Loi de 1875 en rapport avec les avocats a été remplacé par les mots « sera ou aura été », ce qui indique clairement que les avocats anciens et actuels étaient admissibles. Dans la révision de 1886, le par. 4(2) était rédigé comme suit : « Pourra être nommé juge de la cour quiconque sera ou aura été juge d’une cour supérieure dans quelqu’une des provinces du Canada, ou un avocat ayant pratiqué pendant au moins dix ans au barreau de quelqu’une de ces provinces. »

the four groups of eligible candidates under s. 5 to only two groups in the case of Quebec. In short, the four group/two group distinction has no foundation in fact or law.

[131] To summarize, the plain wording and legislative history of ss. 5 and 6 support the conclusion that the same eligibility requirements set out in s. 5 apply to Quebec appointees. Furthermore, a consideration of the broader scheme of the *Supreme Court Act* — and specifically, s. 30 — does not assist in the interpretation of ss. 5 and 6. I include the following discussion of that section only to explain why it does not favour either interpretation of ss. 5 and 6.

#### B. *Section 30 of the Supreme Court Act*

[132] Section 30 of the Act is by and large a historical anomaly. It concerns the appointment of *ad hoc* judges to this Court:

**30.** (1) [Appointment of *ad hoc* judge.] Where at any time there is not a quorum of the judges available to hold or continue any session of the Court, owing to a vacancy or vacancies, or to the absence through illness or on leave or in the discharge of other duties assigned by statute or order in council, or to the disqualification of a judge or judges, the Chief Justice of Canada, or in the absence of the Chief Justice, the senior puisne judge, may in writing request the attendance at the sittings of the Court, as an *ad hoc* judge, for such period as may be necessary,

(a) of a judge of the Federal Court of Appeal, the Federal Court or the Tax Court of Canada; or

(b) if the judges of the Federal Court of Appeal, the Federal Court or the Tax Court of Canada are absent from Ottawa or for any reason are unable to sit, of a judge of a provincial superior court to be designated in writing by the chief justice, or in the absence of the chief justice, by any acting chief justice or the senior puisne judge of that provincial court on that request being made to that acting chief justice or that senior puisne judge in writing.

on n’y trouvera rien qui indique que le législateur aurait eu l’intention de ramener les quatre groupes de candidats admissibles énumérés à l’art. 5 à deux groupes seulement dans le cas du Québec. En bref, la distinction entre quatre groupes d’une part et deux groupes d’autre part n’est fondée ni en fait ni en droit.

[131] En résumé, le libellé clair et l’historique législatif des art. 5 et 6 appuient la conclusion que les conditions de nomination énoncées à l’art. 5 s’appliquent également aux juges nommés pour le Québec. En outre, l’examen de l’économie générale de la *Loi sur la Cour suprême* — et en particulier de l’art. 30 — n’est d’aucune utilité pour l’interprétation des art. 5 et 6. Je passe à l’examen de cet article uniquement pour expliquer qu’il ne favorise aucune des interprétations des art. 5 et 6 proposées.

#### B. *L’article 30 de la Loi sur la Cour suprême*

[132] L’article 30 de la Loi constitue dans l’ensemble une anomalie historique. Il traite de la nomination de juges suppléants pour notre Cour :

**30.** (1) [Nomination d’un juge suppléant.] Dans les cas où, par suite de vacance, d’absence ou d’empêchement attribuable à la maladie, aux congés ou à l’exercice d’autres fonctions assignées par loi ou décret, ou encore de l’incapacité à siéger d’un ou plusieurs juges, le quorum n’est pas atteint pour tenir ou poursuivre les travaux de la Cour, le juge en chef ou, en son absence, le doyen des juges puînés peut demander par écrit que soit détaché, pour assister aux séances de la Cour à titre de juge suppléant et pendant le temps nécessaire :

a) soit un juge de la Cour d’appel fédérale, de la Cour fédérale ou de la Cour canadienne de l’impôt;

b) soit, si les juges de la Cour d’appel fédérale, de la Cour fédérale ou de la Cour canadienne de l’impôt sont absents d’Ottawa ou dans l’incapacité de siéger, un juge d’une cour supérieure provinciale désigné par écrit, sur demande formelle à lui adressée, par le juge en chef ou, en son absence, le juge en chef suppléant ou le doyen des juges puînés de ce tribunal provincial.

(2) [Quebec appeals.] Unless two of the judges available fulfil the requirements of section 6, the *ad hoc* judge for the hearing of an appeal from a judgment rendered in the Province of Quebec shall be a judge of the Court of Appeal or a judge of the Superior Court of that Province designated in accordance with subsection (1).

**30.** (1) [Nomination d'un juge suppléant.] Dans les cas où, par suite de vacance, d'absence ou d'empêchement attribuable à la maladie, aux congés ou à l'exercice d'autres fonctions assignées par loi ou décret, ou encore de l'incapacité à siéger d'un ou plusieurs juges, le quorum n'est pas atteint pour tenir ou poursuivre les travaux de la Cour, le juge en chef ou, en son absence, le doyen des juges puînés peut demander par écrit que soit détaché, pour assister aux séances de la Cour à titre de juge suppléant et pendant le temps nécessaire :

*a)* soit un juge de la Cour d'appel fédérale, de la Cour fédérale ou de la Cour canadienne de l'impôt;

*b)* soit, si les juges de la Cour d'appel fédérale, de la Cour fédérale ou de la Cour canadienne de l'impôt sont absents d'Ottawa ou dans l'incapacité de siéger, un juge d'une cour supérieure provinciale désigné par écrit, sur demande formelle à lui adressée, par le juge en chef ou, en son absence, le juge en chef suppléant ou le doyen des juges puînés de ce tribunal provincial.

(2) [Appels du Québec.] Lorsque au moins deux des juges pouvant siéger ne remplissent pas les conditions fixées à l'article 6, le juge suppléant choisi pour l'audition d'un appel d'un jugement rendu dans la province de Québec doit être un juge de la Cour d'appel ou un juge de la Cour supérieure de cette province, désigné conformément au paragraphe (1).

[133] Because federal court judges from Quebec are not listed in s. 30(2), and thus cannot act as *ad hoc* judges on Quebec appeals when the statutory quorum is not met and two or more Quebec judges on this Court are unavailable,<sup>7</sup> the interveners Rocco Galati and the Constitutional Rights Centre Inc. submit that they should not be eligible for

<sup>7</sup> It should be noted that *ad hoc* judges from the federal courts, whether from Quebec or otherwise, can replace an absent Quebec judge on this Court. Section 30(2) only prevents this where two or more Quebec judges are missing in a Quebec appeal.

(2) [Appels du Québec.] Lorsque au moins deux des juges pouvant siéger ne remplissent pas les conditions fixées à l'article 6, le juge suppléant choisi pour l'audition d'un appel d'un jugement rendu dans la province de Québec doit être un juge de la Cour d'appel ou un juge de la Cour supérieure de cette province, désigné conformément au paragraphe (1).

**30.** (1) [Appointment of *ad hoc* judge.] Where at any time there is not a quorum of the judges available to hold or continue any session of the Court, owing to a vacancy or vacancies, or to the absence through illness or on leave or in the discharge of other duties assigned by statute or order in council, or to the disqualification of a judge or judges, the Chief Justice of Canada, or in the absence of the Chief Justice, the senior puisne judge, may in writing request the attendance at the sittings of the Court, as an *ad hoc* judge, for such period as may be necessary,

(*a*) of a judge of the Federal Court of Appeal, the Federal Court or the Tax Court of Canada; or

(*b*) if the judges of the Federal Court of Appeal, the Federal Court or the Tax Court of Canada are absent from Ottawa or for any reason are unable to sit, of a judge of a provincial superior court to be designated in writing by the chief justice, or in the absence of the chief justice, by any acting chief justice or the senior puisne judge of that provincial court on that request being made to that acting chief justice or that senior puisne judge in writing.

(2) [Quebec appeals.] Unless two of the judges available fulfil the requirements of section 6, the *ad hoc* judge for the hearing of an appeal from a judgment rendered in the Province of Quebec shall be a judge of the Court of Appeal or a judge of the Superior Court of that Province designated in accordance with subsection (1).

[133] Parce que le par. 30(2) ne mentionne pas les juges des cours fédérales provenant du Québec et que ces derniers ne peuvent agir à titre de juges suppléants pour l'audition de l'appel d'un jugement rendu au Québec lorsque le quorum n'est pas atteint et qu'au moins deux juges de la Cour provenant du Québec ne sont pas disponibles<sup>7</sup>, les

<sup>7</sup> Il convient de noter que des juges suppléants provenant des cours fédérales, qu'ils soient du Québec ou d'ailleurs, peuvent remplacer un juge de la Cour provenant du Québec qui est absent. Le paragraphe 30(2) s'applique uniquement lorsqu'au moins deux juges du Québec sont absents pour l'audition d'un appel d'une décision rendue au Québec.

appointment to the *permanent* Quebec seats on this Court. My colleagues rely on this as support of the currency requirement, which has the effect of excluding judges of the federal courts from appointment to the permanent Quebec seats.

[134] For the reasons that follow, I do not accept these submissions. Section 30 does not assist in the interpretation of the eligibility requirements set out in ss. 5 and 6 of the Act. In this regard, I am in essential agreement with the submissions of Dean Sébastien Grammond<sup>8</sup> on behalf of the interveners Robert Décary, Alice Desjardins and Gilles Létourneau.

[135] As indicated, s. 30 is a historical anomaly. In order to explain why Quebec judges on the federal courts are not mentioned in s. 30(2), it is necessary to trace the legislative history of this provision. The provision was first enacted in 1918 (S.C. 1918, c. 7, s. 1). At the time, there were only six judges on the Court, and the statutory quorum was set at five. As a result, if two or more judges were unavailable for whatever reason, the quorum was not met and cases could not be heard. In 1918, the Court faced a crisis resulting from the absence of several judges. Parliament responded by introducing the concept of *ad hoc* judges into the Act. These *ad hoc* judges would temporarily fulfill the functions of a Supreme Court judge so that the quorum would be met and cases could be heard.

[136] For practical reasons, Parliament wanted an *ad hoc* judge to first be appointed from the Exchequer Court (the predecessor to the federal courts), as that court was also located in Ottawa. At the time, there were only two judges on the Exchequer Court — the “judge” and the “assistant judge” (*An Act to amend the Exchequer Court Act*, S.C. 1912, c. 21, s. 1).

<sup>8</sup> Dean, University of Ottawa, Faculty of Law, Civil Law Section.

intervenants Rocco Galati et Constitutional Rights Centre Inc. plaident que les juges des cours fédérales ne devraient pas être admissibles à un siège *permanent* de la Cour réservé pour le Québec. Mes collègues s’appuient sur cet argument pour conclure à l’exigence de contemporanéité, qui a pour effet d’exclure la nomination de juges des cours fédérales pour occuper à notre Cour un siège permanent réservé au Québec.

[134] Pour les motifs qui suivent, je n’accepte pas ces prétentions. L’article 30 n’est d’aucun secours pour l’interprétation des conditions de nomination qu’énoncent les art. 5 et 6 de la Loi. À cet égard, je fais miens, pour l’essentiel, les arguments qu’avance le doyen Sébastien Grammond<sup>8</sup> au nom des intervenants Robert Décary, Alice Desjardins et Gilles Létourneau.

[135] J’ai déjà indiqué que l’art. 30 constitue une anomalie historique. Afin d’expliquer pourquoi le par. 30(2) ne mentionne pas les juges des cours fédérales provenant du Québec, il faut tracer l’historique législatif de cette disposition. Cet article a été adopté en 1918 (S.C. 1918, ch. 7, art. 1). À l’époque, la Cour ne comptait que six juges et la Loi fixait le quorum à cinq juges. Par conséquent, si, pour une raison ou une autre, deux juges ou plus n’étaient pas disponibles, la Cour ne pouvait entendre des appels faute de quorum. En 1918, l’absence de plusieurs juges a placé la Cour dans une situation critique. Le Parlement a réagi en introduisant dans la Loi la notion de juges suppléants. Ces derniers devaient remplir temporairement les fonctions de juge de la Cour suprême de sorte que le quorum soit atteint et que les appels soient entendus.

[136] Pour des raisons d’ordre pratique, le Parlement voulait qu’un juge suppléant provienne d’abord de la Cour de l’Échiquier (aujourd’hui remplacée par les cours fédérales) puisque cette cour siégeait elle aussi à Ottawa. À l’époque, la Cour de l’Échiquier ne comptait que deux juges — le « juge » et le « juge adjoint » (*Loi modifiant la loi de la Cour de l’Échiquier*, S.C. 1912, ch. 21, art. 1).

<sup>8</sup> Doyen de la Section de droit civil de la Faculté de droit de l’Université d’Ottawa.

[137] Importantly, the assistant judge at the time was a judge from Quebec. Appointing any judge of the Exchequer Court to sit as an *ad hoc* judge could thus have resulted in the assistant judge — a Quebec judge — being appointed. This created the possibility that, if the loss of quorum on this Court was due to the absence of two common law judges, a majority of civil law judges might hear a common law case.

[138] Parliament sought to avoid this result by specifying that only “the judge” of the Exchequer Court could be appointed an *ad hoc* judge — a term that necessarily excluded the assistant judge. In response to Quebec’s displeasure, Parliament accepted that if the loss of quorum was caused by the absence of two or more Quebec judges, and if it was a Quebec case, the *ad hoc* judge would be chosen from that province’s superior courts.<sup>9</sup>

[139] In sum, Parliament had in mind two specific goals when it created s. 30 — the primary goal of ensuring this Court could continue to exercise its functions, and the secondary goal of ensuring that civil law judges could not form a majority on common law cases. The substance of s. 30 was last considered by Parliament in 1920, when an amendment to the *Exchequer Court Act* allowed any member of the Exchequer Court to be appointed as *ad hoc* judge (S.C. 1920, c. 26, s. 1; R.S.C. 1927, c. 35, s. 5). At that time, it was impossible to include Quebec federal court judges in s. 30(2), as the federal courts did not exist and the Exchequer Court that *did* exist had no reserved Quebec seats.

[140] The majority states that “the repeated failure to include the Quebec appointees to the Federal Court and Federal Court of Appeal among the judges who may serve as *ad hoc* judges of this

[137] Il importe de signaler qu’à l’époque, le juge adjoint provenait du Québec. Le fait de nommer l’un ou l’autre des juges de la Cour de l’Échiquier pour siéger à titre de juge suppléant pouvait alors faire en sorte que le juge adjoint — un Québécois — soit nommé. Ce qui engendrait la possibilité qu’une majorité de juges civilistes entendent une affaire de common law, si la perte du quorum de la Cour résultait de l’absence de deux juges de common law.

[138] Le Parlement a cherché à éviter un tel résultat en précisant que seul pouvait être nommé juge suppléant « le juge » de la Cour de l’Échiquier, un terme qui excluait nécessairement le juge adjoint. Devant le mécontentement du Québec, le Parlement a accepté que, pour entendre l’appel d’un jugement rendu au Québec, si la perte du quorum résultait de l’absence d’au moins deux juges du Québec, le juge suppléant serait choisi parmi les juges des cours supérieures de cette province<sup>9</sup>.

[139] En résumé, lorsqu’il a adopté l’art. 30, le législateur visait deux objectifs précis — tout d’abord, s’assurer que notre Cour continue d’exercer ses fonctions et, ensuite, s’assurer que des juges civilistes ne puissent former une majorité lors de l’audition d’un appel sur une matière relevant de la common law. Le législateur a examiné la teneur de l’art. 30 pour la dernière fois en 1920, lorsqu’il a modifié la *Loi de la cour de l’Échiquier* pour permettre la nomination de tout juge de la Cour de l’Échiquier à titre de juge suppléant (S.C. 1920, ch. 26, art. 1; S.R.C. 1927, ch. 35, art. 5). À l’époque, il n’était pas possible d’inclure des juges de la Cour fédérale provenant du Québec au par. 30(2), puisque les cours fédérales n’existaient pas et que la Cour de l’Échiquier, qui *existait* alors, n’avait pas de sièges réservés pour le Québec.

[140] Les juges majoritaires affirment que « l’omission répétée d’inclure les juges de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale provenant du Québec parmi les juges suppléants qui peuvent

<sup>9</sup> See I. Bushnell, *The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992* (1997), at pp. 95-96.

<sup>9</sup> Voir I. Bushnell, *The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992* (1997), p. 95-96.

Court in place of s. 6 judges suggests that the exclusion was deliberate” (para. 67). In fact, the evidence suggests the opposite. Updating the names of the courts mentioned in the provision was done by means of statutory revisions that were organizational in nature and necessarily related only to s. 30(1), as s. 30(2) contained no reference to the Exchequer Court and did not require updating.<sup>10</sup> Given that s. 30 has, for all intents and purposes, become obsolete since the number of judges on this Court was increased to nine,<sup>11</sup> it is hardly surprising that the substance of s. 30 has not been foremost on Parliament’s mind.

[141] My colleagues note that s. 30(2) refers to s. 6 — “[u]nless two of the judges available fulfil the requirements of section 6” — and from this, they state that the sections are “explicitly linked” (para. 65). That the opening line of s. 30(2) refers to s. 6 does not aid in the interpretation of *what s. 6 means*. Indeed, s. 30 clearly contemplates that only current judges of the named courts can be appointed *ad hoc* judges of this Court for *all* appeals, not just Quebec appeals. This is so notwithstanding that s. 5 allows *both* current and former judges to qualify for the permanent seats. Just as the s. 30(1) requirements for *ad hoc* judges have no effect on the s. 5 eligibility requirements for *permanent* judges (a point on which all members of this Court agree), s. 30(2) cannot be used in support of a currency requirement in s. 6 for *permanent* judges.

siéger à notre Cour en remplacement de juges nommés aux termes de l’art. 6 laisse croire que leur exclusion était délibérée » (par. 67). En fait, la preuve suggère l’inverse. Les modifications législatives faites pour mettre à jour le nom des cours mentionnées dans cet article étaient de nature organisationnelle et touchaient exclusivement le par. 30(1), puisque le par. 30(2) ne mentionnait pas la Cour de l’Échiquier et ne nécessitait pas d’actualisation<sup>10</sup>. Dans la mesure où, à toutes fins utiles, l’art. 30 est devenu obsolète depuis que le nombre de juges siégeant à la Cour est passé à neuf<sup>11</sup>, il n’est guère surprenant que le législateur ne se soit pas préoccupé de la teneur de cette disposition.

[141] Mes collègues signalent que le par. 30(2) renvoie à l’art. 6 — « [I]orsque au moins deux des juges pouvant siéger ne remplissent pas les conditions fixées à l’article 6 » — et ils en déduisent que les deux articles sont « explicitement liés » (par. 65). Or, que le premier segment du par. 30(2) renvoie à l’art. 6 n’aide pas à interpréter *ce que signifie l’art. 6*. En effet, l’art. 30 prévoit manifestement que seuls les juges actuels des cours mentionnées peuvent être nommés juges suppléants de la Cour pour *tous* les appels, et non uniquement pour les appels provenant du Québec. Et ce, même si selon l’art. 5, *tant* les juges actuels que les anciens juges peuvent être nommés à titre permanent. Tout comme les conditions de nomination des juges suppléants énoncées au par. 30(1) n’ont pas d’incidence sur les conditions de nomination des juges *permanents* prévues à l’art. 5 (ce dont conviennent tous les membres de la Cour), le par. 30(2) ne peut servir de fondement à une exigence de contemporanéité à l’art. 6 relativement à la nomination de juges *permanents*.

<sup>10</sup> For example, replacing the reference to the “Exchequer Court” in s. 30(1) with “Federal Court” when that court was created in 1971 (*Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.), s. 64), and later adding the “Federal Court of Appeal” in 2002 (S.C. 2002, c. 8, s. 175).

<sup>11</sup> The number of judges on this Court was increased to nine in 1949. However, the statutory quorum has remained at five. Thus, resort to s. 30 would only be necessary if five of this Court’s nine judges were unavailable.

<sup>10</sup> Par exemple, en remplaçant la mention de la « Cour de l’Échiquier » au par. 30(1) par « Cour fédérale » lorsque cette dernière a été créée en 1971 (*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, ch. 10 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 64), puis, en y ajoutant « Cour d’appel fédérale » en 2002 (L.C. 2002, ch. 8, art. 175).

<sup>11</sup> Le nombre de juges de la Cour est passé à neuf en 1949. Toutefois, le quorum légal est demeuré à cinq. Il ne serait donc nécessaire de recourir à l’art. 30 que si cinq des neuf juges de la Cour n’étaient pas disponibles.



[142] For these reasons, I am of the view that s. 30 is of no assistance in the interpretation of ss. 5 and 6.

[143] No statutory interpretation exercise is complete without considering the legislative objectives underlying the provisions at issue. It is to these objectives that I now turn.

### C. *The Legislative Objectives*

#### (1) The Purpose of Sections 5 and 6

[144] Section 5, as I have explained, sets out *minimum eligibility criteria* for the pool of potential candidates. The very broad eligibility requirements in s. 5 ensure that the executive branch can choose from among the largest possible pool of candidates who meet the basic eligibility requirements.

[145] The legislative objective underlying s. 6 is different. The objective of s. 6 is, and always has been, to ensure that a specified number of this Court's judges are trained in civil law and represent Quebec. By virtue of the fact that these seats must be filled by candidates appointed from the three Quebec institutions named in s. 6 (the Barreau du Québec, the Quebec Court of Appeal, or the Superior Court of Quebec), the candidates will necessarily have received formal training in the civil law. The combination of this training and affiliation with one of the named Quebec institutions serves to protect Quebec's civil law tradition and inspire Quebec's confidence in this Court. To that extent, I agree with the majority. Respectfully, however, I do not agree that s. 6 was intended to ensure that "Quebec's . . . social values are represented on the Court" (para. 18). Parliament made a deliberate choice to include only objective criteria in ss. 5 and 6. Importing social values — 140 years later — is unsupported by the text and history of the Act.

[142] Pour ces motifs, je suis d'avis que l'art. 30 n'est d'aucun secours pour interpréter les art. 5 et 6.

[143] Aucun exercice d'interprétation législative n'est complet si les objectifs législatifs qui sous-tendent les dispositions en cause ne sont pas examinés. Je parlerai donc maintenant de ces objectifs.

### C. *Les objectifs législatifs*

#### (1) L'objet des art. 5 et 6

[144] Comme je l'ai expliqué, l'art. 5 énonce les *conditions de nomination minimales* pour le bassin de candidats potentiels. Les conditions très larges prévues par cette disposition garantissent que l'exécutif puisse choisir parmi le bassin le plus large possible de candidats qui satisfont aux conditions de nomination de base.

[145] L'objectif législatif qui sous-tend l'art. 6 est différent. En effet, cette disposition a, et a toujours eu, pour objet de garantir qu'un nombre déterminé de juges de la Cour soient formés en droit civil et représentent le Québec. Puisque les postes de juge en question doivent être pourvus par des candidats provenant d'une des trois institutions québécoises énumérées à l'art. 6 (le Barreau du Québec, la Cour d'appel du Québec et la Cour supérieure du Québec), ces candidats auront forcément reçu une formation en droit civil. La combinaison de cette formation et de leur lien avec l'une des institutions québécoises nommées sert à protéger la tradition civiliste du Québec et suscite la confiance du Québec envers la Cour. Dans cette mesure, je suis d'accord avec les juges majoritaires. Cependant, ceci dit avec égards, je ne suis pas d'accord pour dire que l'art. 6 vise à garantir que « les valeurs sociales du Québec [. . .] soient représentées [à la Cour] » (par. 18). Le législateur a délibérément choisi d'inclure uniquement des conditions de nomination objectives dans les art. 5 et 6, et rien dans le libellé de la Loi ou dans son historique n'autorise à y importer les valeurs sociales — 140 ans plus tard.

[146] As noted, the objective of s. 6 is to protect Quebec's civil law tradition and inspire Quebec's confidence in this Court. Section 6 recognizes the uniqueness of Quebec and its important place in our country, and was key to gaining Quebec's support for the formation of the Supreme Court of Canada. Crucially, however, there is no evidence that this support would have been withheld if the issue of both current and past advocates of the Quebec bar qualifying for appointment, as well as current and past judges of the Quebec superior courts, had been debated at the time. Indeed, as I interpret s. 4 of the 1875 Act, both current *and former* judges *have always been* eligible. To the extent there may have been a question mark about former members of the bar, the 1886 statutory revision made it clear that they too were eligible.

[147] To suggest that Quebec wanted to render ineligible former advocates of at least 10 years standing at the Quebec bar is to rewrite history. There is nothing in the historical debates that suggests any such thing. Indeed, it defies logic and common sense to think that Quebec would have had some reason to oppose the appointment to this Court of Court of Québec judges who had been members of the Quebec bar for at least 10 years on the day of their appointment to that court.<sup>12</sup> Court of Québec judges apply the civil law *on a daily basis*. Why such persons, otherwise eligible for appointment to this Court by virtue of their 10 years standing at the bar, would suddenly become unacceptable to the people of Quebec on the day of their elevation to the bench escapes me. Likewise, though the federal courts did not exist at the time, to suggest that Quebec would have resisted the appointment to this Court of a federal court judge occupying a

12 "The Court of Québec is a court of first instance that has jurisdiction in civil, criminal and penal matters as well as in matters relating to young persons. It also has jurisdiction over administrative matters and appeals where provided for by law. The Court of Québec is made up of a maximum of 270 judges, appointed by the Government of Québec for life" (Justice Québec (online: <http://www.justice.gouv.qc.ca/english/publications/generale/systeme-a.htm>) March 21, 2014).

[146] Je le répète, l'art. 6 vise à protéger la tradition civiliste du Québec et à susciter la confiance des Québécois envers la Cour. L'article 6 reconnaît le caractère unique du Québec et la place importante qu'il occupe dans notre pays, et il a joué un rôle clé pour obtenir l'adhésion du Québec à la création de la Cour suprême du Canada. Ce qui est toutefois crucial, c'est qu'aucune preuve n'établit que le Québec n'aurait pas donné son adhésion si, à l'époque, le débat avait aussi porté sur la question de savoir si les avocats, actuels ou anciens, inscrits au Barreau du Québec devaient être admissibles, comme les juges, actuels ou anciens, des cours supérieures du Québec. En effet, selon mon interprétation de l'art. 4 de la Loi de 1875, les juges actuels *et anciens ont toujours été* admissibles à une nomination. Dans la mesure où il a pu y avoir un doute quant aux anciens membres du barreau, la révision législative de 1886 a clairement indiqué qu'ils satisfont eux aussi aux conditions de nomination.

[147] Suggérer que le Québec souhaitait soustraire du bassin de candidats potentiels les anciens avocats inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec revient à réécrire l'histoire. Rien dans le débat historique ne laisse croire que c'était le cas. Penser que le Québec aurait eu une raison quelconque de s'opposer à la nomination à la Cour suprême de juges de la Cour du Québec qui avaient été membres du Barreau du Québec pendant au moins 10 ans au moment de leur nomination à cette cour défie la logique et le bon sens<sup>12</sup>. Les juges de la Cour du Québec appliquent le droit civil *quotidiennement*. Je ne saisis vraiment pas pourquoi ces personnes, par ailleurs admissibles à une nomination à la Cour du fait de leur inscription au Barreau pendant 10 ans, cesseraient soudainement d'être acceptables aux yeux de la population du Québec le jour où elles accèdent à la magistrature. De même, malgré l'inexistence des cours fédérales à l'époque, la

12 « La Cour du Québec est un tribunal de première instance qui a compétence en matière civile, criminelle et pénale ainsi que dans les matières relatives à la jeunesse. Elle siège également en matière administrative ou en appel, dans les cas prévus par la loi. La Cour du Québec se compose d'au plus 270 juges, nommés à vie par le gouvernement du Québec » (Site Web de Justice Québec (en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/français/publications/generale/systeme.htm>) 21 mars 2014).

seat on that court reserved for Quebec<sup>13</sup> is, in my view, equally untenable. These judges have been trained in the civil law and continue to hear federal law cases involving Quebec that require a working knowledge of the civil law.

[148] My colleagues maintain it is Parliament's choice to "draw lines" that may be "under-inclusive when measured against the [objectives of s. 6]" and thus "might not achieve perfection" (paras. 57-58). Parliament, they say, chose certain objective criteria and it is not for this Court to question the wisdom of those criteria. I agree. But, when interpreting a statute to determine what the relevant criteria *are* — i.e. what Parliament intended them to be — absurd results are to be avoided. (See, for example, *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 27, and *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at p. 676.) In my respectful view, that principle should be applied in interpreting s. 6 — and when it is, it necessarily leads to a rejection of the currency requirement.

(2) The Currency Requirement Does Not Further the Legislative Objective of Section 6

[149] In addition to rendering ineligible candidates who might otherwise be worthy appointments to this Court, the currency requirement does nothing to promote the confidence of Quebec in this Court. In Quebec, there are approximately 16,000 *current* members of the Quebec bar with at least 10 years standing.<sup>14</sup> Surely it cannot be suggested that the appointment of any one of these 16,000 advocates would promote the confidence of Quebec in this Court.

13 Of the 37 seats on the Federal Court, 10 are reserved for Quebec judges (*Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 5.4). Of the 13 seats on the Federal Court of Appeal, 5 are reserved for Quebec judges (*ibid.*).

14 Canadian Association of Provincial Court Judges factum, at para 26.

prétention que le Québec se serait opposé à la nomination à la Cour d'un juge de la Cour fédérale qui y occupe un des sièges réservés au Québec<sup>13</sup> est, à mon avis, tout aussi dénuée de fondement. Ces juges ont été formés en droit civil et ils continuent d'entendre des causes de droit fédéral impliquant le Québec qui exigent une connaissance pratique du droit civil.

[148] Mes collègues soutiennent que le législateur est libre de « tracer la ligne » en choisissant une solution peut-être « trop limitative au regard des objets de [l'art. 6] », et en fixant ainsi des critères qui « ne sont peut-être pas parfaits » (par. 57-58). Selon eux, le législateur a choisi certains critères objectifs et il n'appartient pas à la Cour de s'interroger sur la sagesse de sa décision. Je suis d'accord. Cela dit, lorsqu'il s'agit d'interpréter une loi pour déterminer ce que *sont* les critères pertinents — c'est-à-dire ce que le législateur voulait qu'ils soient — il faut éviter d'en arriver à des résultats absurdes. (Voir, p. ex., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 27, et *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, p. 676.) En toute déférence, j'estime qu'il faudrait appliquer ce principe pour interpréter l'art. 6 — et son application mène nécessairement au rejet de l'exigence de la contemporanéité.

(2) L'exigence de la contemporanéité ne favorise pas la réalisation de l'objectif législatif de l'art. 6

[149] En plus de rendre inadmissibles des candidats qui pourraient autrement être dignes d'une nomination à la Cour, l'exigence de la contemporanéité ne favorise en rien la confiance du Québec envers la Cour. Il y a quelque 16 000 membres *actuellement* inscrits au Barreau du Québec depuis au moins 10 ans<sup>14</sup>. On ne peut certainement pas prétendre que la nomination de n'importe lequel de ces 16 000 avocats favoriserait la confiance du Québec envers la Cour.

13 Parmi les 37 sièges de la Cour fédérale, 10 sont réservés à des juges du Québec (*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 5.4). Parmi les 13 sièges de la Cour d'appel fédérale, 5 sont réservés à des juges du Québec (*ibid.*).

14 Mémoire de l'Association canadienne des juges de cours provinciales, par. 26.

[150] This becomes all the more apparent when one realizes that a person can maintain his or her Quebec bar membership by simply paying annual fees and completing a set number of hours of continuing legal education — currently, 30 hours over a two-year period.<sup>15</sup> Notably, there is *no* requirement that this continuing legal education have anything to do with the civil law, nor does it actually have to be completed *in* Quebec. Indeed, a person does not have to live in Quebec, *or actually practice law in Quebec*, in order to maintain his or her bar membership. In sum, a person could have only the most tenuous link to the practice of civil law in Quebec, and yet be a current member of that bar of 10 years standing.

[151] This is the reality — and it illustrates how implausible it is that anyone would view *current* membership at the Quebec bar as the *sine qua non* that assures Quebec's confidence in appointments to this Court. Likewise, it is equally implausible that being a *past* member of the Quebec bar could singlehandedly undermine this confidence.

[152] My colleagues have chosen not to address the scope of the currency requirement under s. 6, i.e. whether one day's renewed membership at the Quebec bar is sufficient to qualify as an advocate or whether something more is needed — six months, two years, five years, or perhaps even a continuous 10-year period immediately preceding the appointment.

[153] In my view, *currency means exactly that*. A former Quebec superior court judge or advocate of 10 years standing at the Quebec bar could rejoin that bar for a day and thereby regain his or her eligibility for appointment to this Court. In my view, this exposes the hollowness of the currency requirement. Surely nothing is accomplished by

<sup>15</sup> *Règlement sur la formation continue obligatoire des avocats*, R.R.Q., c. B-1, r. 12, s. 2; see also Barreau du Québec (online: <https://www.barreau.qc.ca/en/avocats/formation-continue/obligatoire/index.html>).

[150] Cela devient encore plus évident lorsqu'on comprend qu'une personne peut rester membre du Barreau du Québec en se contentant de payer sa cotisation annuelle et de consacrer un nombre donné d'heures à la formation juridique continue — actuellement, 30 heures par période de deux ans<sup>15</sup>. Fait à noter, il n'existe *aucune* exigence voulant que cette formation continue ait un lien quelconque avec le droit civil, ni qu'elle soit en fait reçue *au* Québec. D'ailleurs, une personne n'est pas tenue de vivre au Québec, *ni d'exercer réellement le droit au Québec*, pour rester membre du Barreau du Québec. Bref, une personne pourrait avoir le lien le plus ténu avec l'exercice du droit civil au Québec et rester, malgré tout, un avocat inscrit au Barreau du Québec depuis au moins 10 ans.

[151] Telle est la réalité — et elle illustre à quel point il n'est pas plausible que quelqu'un puisse considérer l'inscription *actuelle* au Barreau du Québec comme une condition essentielle qui garantit la confiance du Québec envers les nominations à la Cour. De même, il est tout aussi peu vraisemblable que le fait d'être un *ancien* membre du Barreau du Québec puisse, à lui seul, miner cette confiance.

[152] Mes collègues ont choisi de ne pas traiter de la portée de l'exigence de contemporanéité de l'art. 6, c'est-à-dire de ne pas décider si la réinscription au Barreau du Québec pour une journée suffit pour qu'une personne puisse être nommée juge de la Cour en tant qu'avocat, ou s'il faut une période plus longue — six mois, deux ans, cinq ans, ou peut-être même une période ininterrompue de 10 ans précédant immédiatement la nomination.

[153] Pour moi, *la contemporanéité c'est la contemporanéité*. Un ancien juge d'une cour supérieure du Québec ou un ancien avocat qui a été inscrit au Barreau du Québec pendant 10 ans pourrait se réinscrire au barreau pour une journée et répondre ainsi aux conditions de nomination à notre Cour. Selon moi, ce raisonnement met en évidence la

<sup>15</sup> *Règlement sur la formation continue obligatoire des avocats*, R.R.Q., ch. B-1, r. 12, art. 2; voir aussi Site Web du Barreau du Québec (en ligne : <https://www.barreau.qc.ca/fr/avocats/formation-continue/obligatoire/index.html>).

what is essentially an administrative act. Any interpretation of s. 6 that requires a *former* advocate of at least 10 years standing at the Quebec bar, or a *former* judge of the Quebec Court of Appeal or Superior Court, to rejoin the Quebec bar for a day in order to be eligible for appointment to this Court makes no practical sense. Respectfully, I find it difficult to believe that the people of Quebec would somehow have more confidence in this candidate on Friday than they had on Thursday.

### III. Conclusion

[154] For these reasons, I would answer Question 1 in the affirmative. Both current and former members of the Quebec bar of at least 10 years standing, and current and former judges of the Quebec superior courts, are eligible for appointment to a Quebec seat on this Court. In view of my response to Question 1, I find it unnecessary to answer Question 2.

*Judgment accordingly, MOLDAVER J. dissenting.*

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

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

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal; Attorney General of Quebec, Montréal.*

*Solicitor for the interveners Robert Décary, Alice Desjardins and Gilles Létourneau: Sébastien Grammond, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener Rocco Galati: Rocco Galati Law Firm Professional Corporation, Toronto.*

vacuité de l'exigence de la contemporanéité. Assurément, ce qui est essentiellement un geste de nature administrative ne change rien. Toute interprétation de l'art. 6 exigeant qu'un *ancien* avocat qui a été membre du Barreau du Québec pendant au moins 10 ans, ou qu'un *ancien* juge de la Cour d'appel du Québec ou de la Cour supérieure, redevienne membre de ce Barreau pendant un jour pour être admissible à une nomination à la Cour n'aurait aucun sens d'un point de vue pratique. En toute déférence, j'ai du mal à croire que la population du Québec aurait, pour une raison ou pour une autre, davantage confiance en un tel candidat le vendredi que le jeudi.

### III. Conclusion

[154] Pour ces motifs, je suis d'avis de répondre par l'affirmative à la question 1. Les avocats actuels et les anciens avocats inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec ainsi que les juges actuels ou les anciens juges des cours supérieures du Québec sont tous admissibles à une nomination à l'un des postes de juge de la Cour réservés au Québec. Compte tenu de ma réponse à la question 1, j'estime inutile de répondre à la question 2.

*Jugement en conséquence, le juge MOLDAVER est dissident.*

*Procureur du procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.*

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

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal; Procureur général du Québec, Montréal.*

*Procureur des intervenants Robert Décary, Alice Desjardins et Gilles Létourneau : Sébastien Grammond, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant Rocco Galati : Rocco Galati Law Firm Professional Corporation, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges: Sébastien Grammond, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Constitutional Rights Centre Inc.: Slansky Law Professional Corporation, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des juges de cours provinciales : Sébastien Grammond, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Constitutional Rights Centre Inc. : Slansky Law Professional Corporation, Toronto.*

**Eric Vokurka** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. VOKURKA**

**2014 SCC 22**

File No.: 35510.

2014: March 21.

Present: LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

*Criminal law — Reasonable verdict — Defences — Accident — Trial judge did not err in concluding that accused intentionally inflicted victim's injuries — Inferences made in support of trial judge's verdict reasonably supported by evidence — Basis for excluding possibility of accident adequately explained by trial judge.*

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Welsh, Barry and Hoegg J.J.A.), 2013 NLCA 51, 339 Nfld. & P.E.I.R. 248, 1054 A.P.R. 248, [2013] N.J. No. 267 (QL), 2013 CarswellNfld 286, upholding the accused's conviction for aggravated assault. Appeal dismissed.

*Keir O'Flaherty and Bob Buckingham*, for the appellant.

*Iain R. W. Hollett*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] ABELLA J. — The critical issue at trial was whether Mr. Vokurka intentionally inflicted the victim's injuries. The majority in the Court of Appeal found that the trial judge's findings of fact, inferences drawn from those facts, and the finding of guilt were reasonable.

**Eric Vokurka** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. VOKURKA**

**2014 CSC 22**

N° du greffe : 35510.

2014 : 21 mars.

Présents : Les juges LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-  
NEUVE-ET-LABRADOR

*Droit criminel — Verdict raisonnable — Défenses — Accident — Le juge du procès n'a pas fait erreur en concluant que l'accusé avait intentionnellement infligé les blessures à la victime — Les inférences sur lesquelles repose le verdict du juge du procès étaient raisonnablement étayées par la preuve — Le juge a expliqué adéquatement les raisons pour lesquelles il excluait la possibilité d'un accident.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, Barry et Hoegg), 2013 NLCA 51, 339 Nfld. & P.E.I.R. 248, 1054 A.P.R. 248, [2013] N.J. No. 267 (QL), 2013 CarswellNfld 286, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de voies de fait graves prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

*Keir O'Flaherty et Bob Buckingham*, pour l'appellant.

*Iain R. W. Hollett*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE ABELLA — La question déterminante au procès était de savoir si M. Vokurka avait intentionnellement infligé les blessures à la victime. La majorité de la Cour d'appel a décidé que les constatations de fait du juge du procès, les inférences tirées de ces faits et la conclusion de culpabilité étaient raisonnables.

[2] The dissenting judge was of the view that the trial judge erred in failing to adequately consider and explain why, in her view, the “equally plausible explanation” supporting the defence of accident was not accepted. We do not agree, and agree instead with the majority that the trial judge adequately explained why he rejected the possibility of accident and found that the charge was proved beyond a reasonable doubt. The trial judge set out the evidence of the victim’s statements, a doctor’s expert evidence about the nature of the wound, and the victim’s reaction to being cut, all of which led him clearly to the view that there was *no* “equally plausible explanation” for the cutting. He reviewed the relevant evidence and set out his reasons for concluding beyond a reasonable doubt that the injuries were intentionally inflicted. His inferences were reasonably supported by the evidence. Like the majority in the Court of Appeal, we see no error on his approach. It was not open to the dissenting judge, with respect, to reweigh the evidence by substituting her own view of it. The appeal is therefore dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Bob Buckingham Law, St. John’s.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John’s.*

[2] De l’avis de la juge dissidente, le juge du procès a fait erreur en n’examinant pas l’[TRADUCTION] « explication tout aussi plausible » qui, selon elle, appuyait la défense d’accident et en n’expliquant pas adéquatement pourquoi il ne l’acceptait pas. Nous ne partageons pas cet avis, mais souscrivons plutôt à l’opinion des juges majoritaires portant que le juge du procès a expliqué adéquatement pourquoi il rejetait la possibilité d’un accident et concluait que l’accusation avait été prouvée hors de tout doute raisonnable. Le juge de première instance a fait état des déclarations de la victime, du témoignage d’expert d’un médecin sur la nature de la blessure et de la réaction de la victime au fait d’avoir été coupée, autant d’éléments qui l’ont clairement amené à conclure à l’*absence* d’« explication tout aussi plausible » en ce qui concerne la coupure. Il a examiné les éléments de preuve pertinents et exposé les raisons pour lesquelles il concluait hors de tout doute raisonnable que les blessures avaient été infligées intentionnellement. Ses inférences étaient raisonnablement étayées par la preuve. À l’instar des juges majoritaires de la Cour d’appel, nous ne voyons aucune erreur dans cette approche. Avec égards, il n’était pas loisible à la juge dissidente de soupeser à nouveau la preuve et de substituer sa propre appréciation à celle du premier juge. Le pourvoi est donc rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l’appelant : Bob Buckingham Law, St. John’s.*

*Procureur de l’intimée : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John’s.*



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Jeffrey Kevin Leinen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. LEINEN**

**2014 SCC 23**

File No.: 35531.

2014: March 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Trial — Charge to jury — Accused convicted of second degree murder and aggravated assault for killing one person and injuring another after driving truck into crowd — Accused invoking involuntary panic response or lack of intent to kill or injure anyone and alleging that trial judge misdirected jury — Court of Appeal ordering new trial on ground that trial judge failed to instruct properly on legal significance of panic attack defence — Charge to jury, read as a whole, containing no reversible error in relation to voluntariness or intent.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Hunt and McDonald JJ.A. and Hughes J. (*ad hoc*)), 2013 ABCA 283, 83 Alta. L.R. (5th) 29, 556 A.R. 211, 584 W.A.C. 211, 301 C.C.C. (3d) 1, 48 M.V.R. (6th) 1, [2013] A.J. No. 804 (QL), 2013 CarswellAlta 1394, setting aside the accused's convictions for second degree murder and aggravated assault and ordering a new trial. Appeal allowed and convictions restored.

*Josh Hawkes, Q.C.*, for the appellant.

*Jennifer Ruttan and Karen B. Molle*, for the respondent.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Jeffrey Kevin Leinen** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. LEINEN**

**2014 CSC 23**

N° du greffe : 35531.

2014 : 21 mars.

Présents : Les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

*Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Accusé déclaré coupable de meurtre au second degré et de voies de fait graves après avoir tué une personne et en avoir blessé une autre en fonçant dans une foule au volant de son camion — Accusé plaidant en défense qu'il a eu une réaction de panique involontaire, qu'il n'avait pas l'intention de tuer ou de blesser quiconque et que le juge du procès a formulé des directives erronées au jury — Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel au motif que le juge du procès n'a pas donné des directives appropriées au sujet de l'incidence sur le plan juridique du moyen de défense fondé sur l'existence d'une crise de panique — Considéré globalement, l'exposé au jury ne refermait aucune erreur susceptible de révision à l'égard du caractère volontaire ou de l'intention.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Hunt et McDonald et la juge Hughes (*ad hoc*)), 2013 ABCA 283, 83 Alta. L.R. (5th) 29, 556 A.R. 211, 584 W.A.C. 211, 301 C.C.C. (3d) 1, 48 M.V.R. (6th) 1, [2013] A.J. No. 804 (QL), 2013 CarswellAlta 1394, qui a annulé les déclarations de culpabilité de meurtre au deuxième degré et voies de fait graves prononcées contre l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli et déclarations de culpabilité rétablies.

*Josh Hawkes, c.r.*, pour l'appelante.

*Jennifer Ruttan et Karen B. Molle*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered orally  
by

[1] LEBEL J. — We are all of the view that the charge to the jury, read as a whole, contained no reversible error in relation to either voluntariness or intent. For these reasons, the appeal is allowed and the convictions are restored.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Alberta, Calgary.*

*Solicitors for the respondent: Ruttan Bates, Calgary; Karen B. Molle, Calgary.*

Version française du jugement de la Cour rendu  
oralement par

[1] LE JUGE LEBEL — Nous sommes tous d'avis que, considéré globalement, l'exposé au jury ne renfermait aucune erreur susceptible de révision à l'égard soit du caractère volontaire soit de l'intention. Pour ces motifs, l'appel est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Alberta, Calgary.*

*Procureurs de l'intimé : Ruttan Bates, Calgary; Karen B. Molle, Calgary.*

**Diane Knopf, Warden of Mission Institution,  
and Harold Massey, Warden of Kent  
Institution** *Appellants*

v.

**Gurkirpal Singh Khela** *Respondent*

and

**Canadian Association of  
Elizabeth Fry Societies,  
John Howard Society of Canada,  
Canadian Civil Liberties Association  
and British Columbia Civil  
Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: MISSION INSTITUTION v. KHELA**

**2014 SCC 24**

File No.: 34609.

2013: October 16; 2014: March 27.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Courts — Jurisdiction — Habeas corpus — Transfer of federal inmate from medium security institution to maximum security institution on emergency and involuntary basis — Scope of provincial superior court’s review power on application for habeas corpus with certiorari in aid in respect of detention in federal penitentiary — Whether on application for habeas corpus a provincial superior court is entitled to examine reasonableness of administrative decision to transfer offender to higher security institution or whether reasonableness of decision must be determined in Federal Court on judicial review.*

*Administrative law — Prisons — Procedural fairness — Duty to disclose — Scope of duty to disclose — Transfer of federal inmate from medium security institution to maximum security institution on emergency and involuntary basis — Whether transfer decision meeting*

**Diane Knopf, directrice de l’Établissement  
de Mission, et Harold Massey, directeur de  
l’Établissement Kent** *Appellants*

c.

**Gurkirpal Singh Khela** *Intimé*

et

**Association canadienne des  
sociétés Elizabeth Fry,  
Société John Howard du Canada,  
Association canadienne des libertés civiles  
et Association des libertés civiles de la  
Colombie-Britannique** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : ÉTABLISSEMENT DE MISSION c. KHELA**

**2014 CSC 24**

N° du greffe : 34609.

2013 : 16 octobre; 2014 : 27 mars.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Tribunaux — Compétence — Habeas corpus — Transfèrement d’urgence non sollicité d’un détenu sous responsabilité fédérale d’un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité maximale — Portée du pouvoir de révision d’une cour supérieure provinciale dans le cadre d’une demande d’habeas corpus avec certiorari auxiliaire relativement à la détention dans un pénitencier fédéral — Dans le cadre d’une demande d’habeas corpus, une cour supérieure provinciale peut-elle se prononcer sur le caractère raisonnable d’une décision administrative de transférer un détenu à un établissement à sécurité plus élevée, ou cette tâche revient-elle à la Cour fédérale dans le cadre d’un contrôle judiciaire?*

*Droit administratif — Droit carcéral — Équité procédurale — Obligation de communication — Portée de l’obligation de communication — Transfèrement d’urgence non sollicité d’un détenu sous responsabilité fédérale d’un établissement à sécurité moyenne à un*

*statutory requirements related to duty of procedural fairness — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 27 to 29 — Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, ss. 5, 13.*

K is a federal inmate serving a life sentence for first degree murder at Kent Institution in British Columbia. After three years at this maximum security facility, he was transferred to Mission Institution, a medium security facility. In 2009, an inmate was stabbed at Mission Institution. Roughly one week after the stabbing, the Security Intelligence Office at Mission received information implicating K in the incident. A Security Intelligence Report was completed which contained information that K had hired two other inmates to carry out the stabbing in exchange for three grams of heroin. As a result, K was involuntarily transferred back to the maximum security facility on an emergency basis after the Warden reassessed his security classification. It is this transfer that was the subject of K's initial *habeas corpus* application. He claimed that this transfer to a higher security institution was both unreasonable and procedurally unfair, and therefore unlawful. Both the British Columbia Supreme Court and, on appeal, the British Columbia Court of Appeal agreed K's *habeas corpus* application should be granted.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The question before the Court is whether on an application for *habeas corpus* a provincial superior court may rule on the reasonableness of an administrative decision to transfer an inmate to a higher security institution or whether the reasonableness of the decision must be dealt with by the Federal Court on an application for judicial review. An inmate can choose either to challenge the reasonableness of the decision by applying for judicial review in the Federal Court or to have the decision reviewed for reasonableness by means of an application for *habeas corpus*. "Reasonableness" is therefore a legitimate ground upon which to question the legality of a deprivation of liberty in an application for *habeas corpus*.

Given the flexibility and the importance of the writ of *habeas corpus*, as well as the underlying reasons why the jurisdiction of the provincial superior courts is concurrent with that of the Federal Court, it is clear that a review

*établissement à sécurité maximale — La décision relative au transfèrement satisfait-elle aux exigences législatives en matière d'équité procédurale? — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 27 à 29 — Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 5, 13.*

K est détenu dans un pénitencier fédéral et purge une peine d'emprisonnement à perpétuité pour meurtre au premier degré à l'Établissement Kent, en Colombie-Britannique. Après trois ans dans cet établissement à sécurité maximale, il a été transféré à l'Établissement de Mission, un établissement à sécurité moyenne. En 2009, un détenu a été poignardé à l'Établissement de Mission. Environ une semaine plus tard, le Bureau du renseignement de sécurité de l'Établissement de Mission a reçu des renseignements impliquant K dans l'incident. Un rapport sur les renseignements de sécurité — contenant des renseignements selon lesquels K avait demandé à deux autres détenus de poignarder la victime en échange de trois grammes d'héroïne — a été rédigé. K a donc été transféré d'urgence et contre son gré à l'établissement à sécurité maximale après que la directrice eut réévalué sa cote de sécurité. Ce transfèrement a fait l'objet de la demande initiale d'*habeas corpus* présentée par K. Ce dernier a allégué que ce transfèrement à un établissement à sécurité plus élevée était déraisonnable, inéquitable sur le plan procédural et, par conséquent, illégal. La Cour suprême de la Colombie-Britannique et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont toutes deux convenu que la demande d'*habeas corpus* de K devait être accueillie.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

La question soumise à la Cour est de savoir si, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*, une cour supérieure provinciale peut se prononcer sur le caractère raisonnable d'une décision administrative de transférer un détenu à un établissement à sécurité plus élevée, ou si cette tâche revient à la Cour fédérale dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire. Un détenu peut opter pour la contestation du caractère raisonnable de la décision par voie de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Il peut aussi, par une demande d'*habeas corpus*, obtenir l'examen du caractère raisonnable de la décision. Le « caractère raisonnable » constitue donc un doute valablement soulevé quant à la légalité de la privation de liberté dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*.

En raison de la souplesse et de l'importance du bref d'*habeas corpus*, ainsi que des motifs justifiant la confirmation de la compétence concurrente de la cour supérieure provinciale et de la Cour fédérale, il est clair que

for lawfulness will sometimes require an assessment of the decision's reasonableness. Including a reasonableness assessment in the scope of the review is consistent with this Court's case law. In particular, allowing provincial superior courts to assess reasonableness in the review follows logically from how this Court has framed the remedy and from the limits the courts have placed on the avenues through which the remedy can be obtained. This Court has recognized in its decisions that *habeas corpus* should develop over time to ensure that the law remains consistent with the remedy's underlying goals: no one should be deprived of their liberty without lawful authority.

Many of the same principles which weigh in favour of concurrent jurisdiction between provincial superior courts and the Federal Court apply to the determination of the scope of a provincial superior court's review power. First, each applicant should be entitled to choose his or her avenue of relief. If a court hearing a *habeas corpus* application cannot review the reasonableness of the underlying decision, then a prisoner who has been deprived of his or her liberty as a result of an unreasonable decision does not have a choice of avenues through which to obtain redress but must apply to the Federal Court. Second, there is no reason to assume that the Federal Court is more expert than the superior courts in determining whether a deprivation of liberty is lawful. Third, if inmates are not able to obtain review of their potentially unreasonable loss of liberty under an application for *habeas corpus*, they will have to wade through the lengthy grievance procedure available under the statute in order to have their concerns heard. Fourth, the fact that inmates have local access to relief in the form of *habeas corpus* also weighs in favour of including a review for reasonableness. Fifth, the non-discretionary nature of *habeas corpus* and the traditional onus on an application for that remedy favour an inmate who claims to have been unlawfully deprived of his or her liberty. If the inmate were forced to apply to the Federal Court to determine whether the deprivation was unreasonable, the remedy would be a discretionary one. Further, on an application for judicial review, the onus would be on the applicant to show that the transfer decision was unreasonable. Lastly, requiring inmates to challenge the reasonableness of a transfer decision in the Federal Court could result in a waste of judicial resources.

la révision de la légalité exigera parfois l'examen du caractère raisonnable de la décision. La jurisprudence de notre Cour confirme que la révision peut comporter l'examen du caractère raisonnable de la décision. Plus particulièrement, la reconnaissance du pouvoir des cours supérieures provinciales d'examiner le caractère raisonnable de la décision découle logiquement de la façon dont notre Cour a défini le recours et des limites imposées par les tribunaux quant aux moyens d'obtenir ce recours. Notre jurisprudence a reconnu que l'*habeas corpus* doit évoluer pour garantir que les objectifs sous-jacents du recours continuent d'être respectés : nul ne devrait être privé de sa liberté sans que la loi l'autorise.

Plusieurs des principes qui favorisent la reconnaissance de la compétence concurrente de la cour supérieure provinciale et de la Cour fédérale entrent en jeu lorsqu'il faut déterminer la portée du pouvoir de révision d'une cour supérieure provinciale. Premièrement, chaque demandeur devrait pouvoir choisir son recours. Si l'audition d'une demande d'*habeas corpus* ne permet pas l'examen du caractère raisonnable de la décision sous-jacente, le prisonnier privé de sa liberté en raison d'une décision déraisonnable ne peut plus choisir le recours qui lui permettra d'obtenir une réparation; il doit s'adresser à la Cour fédérale. Deuxièmement, rien ne permet de supposer que l'expertise de la Cour fédérale est plus grande que celle d'une cour supérieure lorsqu'il s'agit d'examiner la légalité d'une privation de liberté. Troisièmement, si le détenu ne peut obtenir, au moyen d'une demande d'*habeas corpus*, la révision de la décision possiblement déraisonnable le privant de sa liberté, il devra épuiser l'ensemble de la longue procédure de règlement de griefs prévue dans la loi pour faire entendre ses réclamations. Quatrièmement, le fait que les détenus aient accès dans leur région au recours en *habeas corpus* milite aussi en faveur de l'inclusion d'un examen du caractère raisonnable de la décision. Cinquièmement, la nature non discrétionnaire de l'*habeas corpus* et la répartition des fardeaux de preuve lors de l'exercice de ce recours devraient favoriser le détenu qui prétend avoir été illégalement privé de sa liberté. Si le détenu devait s'adresser à la Cour fédérale pour déterminer si la privation de sa liberté était déraisonnable, le recours resterait discrétionnaire. De plus, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, il incomberait au demandeur de démontrer que la décision de le transférer était déraisonnable. Enfin, obliger les détenus à contester devant la Cour fédérale le caractère raisonnable d'une décision relative à un transfèrement pourrait conduire à un gaspillage des ressources judiciaires.

A transfer decision that does not fall within the range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law will be unlawful. Similarly, a decision that lacks justification, transparency, and intelligibility will be unlawful. For it to be lawful, the reasons for and record of the decision must in fact or in principle support the conclusion reached. A decision will be unreasonable, and therefore unlawful, if an inmate's liberty interests are sacrificed absent any evidence or on the basis of unreliable or irrelevant evidence, or evidence that cannot support the conclusion. Deference will be shown to a determination that evidence is reliable, but the authorities will nonetheless have to explain that determination. A review to determine whether a decision was reasonable, and therefore lawful, necessarily requires deference. An involuntary transfer decision is nonetheless an administrative decision made by a decision maker with expertise in the environment of a particular penitentiary. To apply any standard other than reasonableness in reviewing such a decision could well lead to the micromanagement of prisons by the courts. The application of a standard of review of reasonableness, however, should not change the basic structure or benefits of the writ of *habeas corpus*. First, the traditional onuses associated with the writ will remain unchanged. Second, the writ remains non-discretionary as far as the decision to review the case is concerned. Third, the ability to challenge a decision on the basis that it is unreasonable does not necessarily change the standard of review that applies to other flaws in the decision or in the decision-making process. For instance, the standard for determining whether the decision maker complied with the duty of procedural fairness will continue to be "correctness".

In this case, it is not necessary to determine whether the decision made by the Warden in the instant case was unlawful on the basis of unreasonableness. The decision was unlawful because it was procedurally unfair. The statute at issue in this case, the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 ("CCRA"), outlines the disclosure that is required for a reviewing court to find a transfer decision fair, and therefore lawful. Section 27 of the CCRA guides the decision maker and elaborates on the resulting procedural rights. In order to guarantee fairness in the process leading up to a transfer decision, s. 27(1) provides that the inmate should be given all the information that was considered in the

Le transfèrement sera illégal s'il ne fait pas partie des issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Il en sera de même pour une décision dénuée de justification, de transparence et d'intelligibilité. La décision sera légale si les motifs et le dossier de la décision étayent, effectivement ou en principe, la conclusion. Une décision est considérée comme déraisonnable et, partant, illégale, si les droits à la liberté d'un détenu sont sacrifiés en l'absence de toute preuve, sur la foi d'une preuve non fiable, d'une preuve non pertinente ou d'une preuve qui n'étaye pas la conclusion. La décision sur la fiabilité de la preuve exige de la déférence à l'égard du décideur, mais les autorités doivent tout de même expliquer en quoi la preuve offerte est digne de foi. Un examen visant à déterminer si une décision est raisonnable et, par conséquent, légale, appelle nécessairement la déférence. Une décision ordonnant un transfèrement non sollicité est néanmoins une décision administrative prise par un décideur possédant une expertise relative à un pénitencier en particulier. Examiner cette décision selon une norme autre que la norme de la décision raisonnable pourrait bien entraîner une microgestion des prisons par les tribunaux. L'application de la norme de la décision raisonnable ne devrait toutefois pas avoir pour effet de modifier la structure fondamentale ou les avantages du bref d'*habeas corpus*. Premièrement, les fardeaux de preuve habituels associés au bref continueront de s'appliquer. Deuxièmement, l'*habeas corpus* demeure non discrétionnaire en ce qui concerne la décision de réviser le dossier. Troisièmement, la possibilité de contester une décision au motif qu'elle est déraisonnable ne change pas nécessairement la norme de révision applicable aux autres lacunes de la décision ou du processus décisionnel. Par exemple, la norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l'équité procédurale sera toujours celle de la « décision correcte ».

Il n'est pas nécessaire de savoir si la décision qu'a prise la directrice dans la présente affaire était illégale parce qu'elle était déraisonnable. La décision était illégale parce qu'elle était inéquitable sur le plan procédural. La loi en cause, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (« LSCMLC »), indique les renseignements dont la communication est requise pour qu'une cour de révision déclare la décision relative au transfèrement équitable et, par conséquent, légale. L'article 27 de la LSCMLC guide le décideur et précise ces droits procéduraux. Pour garantir l'équité du processus de prise de décision qui mène au transfèrement, le par. 27(1) prévoit que tous les

taking of the decision, or a summary of that information. This disclosure must be made within a reasonable time before the final decision is made. The onus is on the decision maker to show that s. 27(1) was complied with.

The statutory scheme allows for some exemptions from the onerous disclosure requirement of s. 27(1) and (2). Section 27(3) provides that where the Commissioner has reasonable grounds to believe that disclosure of information under s. 27(1) or (2) would jeopardize (a) the safety of any person, (b) the security of a penitentiary, or (c) the conduct of a lawful investigation, he or she may authorize the withholding from the inmate of as much information as is strictly necessary in order to protect the interest that would be jeopardized. A decision to withhold information pursuant to s. 27(3) is necessarily reviewable by way of an application for *habeas corpus*. Such a decision is not independent of the transfer decision made under s. 29 of the *CCRA*. If the correctional authorities failed to comply with s. 27 as a whole, a reviewing court may find that the transfer decision was procedurally unfair, and the deprivation of the inmate's liberty will not be lawful. If the Commissioner, or a representative of the Commissioner, chooses to withhold information from the inmate on the basis of s. 27(3), the onus is on the decision maker to invoke the provision and prove that there were reasonable grounds to believe that disclosure of that information would jeopardize one of the listed interests.

Here, it is clear from the record that the Warden, in making the transfer decision, considered information that she did not disclose to K. Nor did she give him an adequate summary of the missing information. The withholding of this information was not justified under s. 27(3). If s. 27(3) is never invoked, pled, or proven, there is no basis to find that the Warden was justified in withholding information that was considered in the transfer decision from the inmate. As a result, the Warden's decision did not meet the statutory requirements related to the duty of procedural fairness. The decision to transfer K from Mission Institution to Kent Institution was therefore unlawful. The British Columbia Supreme Court properly granted *habeas corpus* and K was properly returned to a medium security institution.

renseignements entrant en ligne de compte dans la prise de décision, ou un sommaire de ceux-ci, doivent être communiqués au détenu, et ce, dans un délai raisonnable avant la prise de la décision finale. Il incombe au décideur de prouver qu'il a respecté le par. 27(1).

Le régime législatif permet certaines exemptions à la lourde obligation de communication prévue aux par. 27(1) et (2). Selon le par. 27(3), si le commissaire a des motifs raisonnables de croire que la communication des renseignements prévue aux par. 27(1) ou (2) mettrait en danger a) la sécurité d'une personne, b) la sécurité du pénitencier, ou c) compromettrait la tenue d'une enquête licite, il peut refuser la communication de renseignements au détenu dans la mesure jugée strictement nécessaire à la protection des intérêts en danger. La décision de refuser la communication de renseignements conformément au par. 27(3) peut nécessairement être révisée par voie d'*habeas corpus*. Cette décision n'est pas indépendante de celle qui est prise au sujet du transfèrement en vertu de l'art. 29 de la *LSCMLC*. Si l'autorité correctionnelle ne se conforme pas à toutes les obligations que lui impose l'art. 27, la cour de révision peut conclure que la décision relative au transfèrement est inéquitable sur le plan procédural, et la privation de liberté du détenu ne pourra être légale. Si le commissaire, ou son représentant, choisit de refuser la communication de renseignements au détenu en se fondant sur le par. 27(3), il lui incombe alors d'invoquer cette disposition et de prouver qu'il avait des motifs raisonnables de croire que la communication de ces renseignements compromettrait l'un des intérêts mentionnés.

En l'espèce, il ressort clairement de l'examen du dossier que, lorsqu'elle a décidé le transfèrement, la directrice a pris en compte des renseignements qui n'ont pas été communiqués à K. Elle ne lui a pas non plus communiqué un sommaire satisfaisant des renseignements manquants. Le refus de communiquer ces renseignements n'était pas justifié aux termes du par. 27(3). Si ce paragraphe n'est jamais invoqué, ou plaidé avec preuve à l'appui, rien ne permet de conclure que la directrice a eu raison de refuser au détenu la communication des renseignements pris en compte dans sa décision de le transférer. Par conséquent, la décision de la directrice ne satisfaisait pas aux exigences législatives en matière d'équité procédurale. La décision de transférer K de l'Établissement de Mission à l'Établissement Kent était en conséquence illégale. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a donc eu raison d'accueillir la demande d'*habeas corpus* et K a été valablement renvoyé dans un établissement à sécurité moyenne.

## Cases Cited

**Applied:** *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *Morin v. National Special Handling Unit Review Committee*, [1985] 2 S.C.R. 662; **referred to:** *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Bushell's Case* (1670), Vaughan 135, 124 E.R. 1006; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. J.P.G.* (2000), 130 O.A.C. 343; *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962); *Peiroo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253; *Libo-on v. Alberta (Fort Saskatchewan Correctional Centre)*, 2004 ABQB 416, 32 Alta. L.R. (4th) 128; *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 431; *Re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140; *Re Trepanier* (1885), 12 S.C.R. 111; *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Cheblak*, [1991] 2 All E.R. 319; *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Muboyayi*, [1992] 1 Q.B. 244; *R. v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Armah*, [1968] A.C. 192; *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Khawaja*, [1984] 1 A.C. 74; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326.

## Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 9.  
*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 27, 28, 29.  
*Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, ss. 5(1)(b), 13.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.  
*Criminal Rules of the Supreme Court of British Columbia*, SI/97-140, r. 4.

## Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809; *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662; **arrêts mentionnés :** *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Bushell's Case* (1670), Vaughan 135, 124 E.R. 1006; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. J.P.G.* (2000), 130 O.A.C. 343; *Jones c. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962); *Peiroo c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253; *Libo-on c. Alberta (Fort Saskatchewan Correctional Centre)*, 2004 ABQB 416, 32 Alta. L.R. (4th) 128; *Goldhar c. The Queen*, [1960] R.C.S. 431; *Re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140; *Re Trepanier* (1885), 12 R.C.S. 111; *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Cheblak*, [1991] 2 All E.R. 319; *R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Muboyayi*, [1992] 1 Q.B. 244; *R. c. Governor of Brixton Prison, Ex parte Armah*, [1968] A.C. 192; *R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Khawaja*, [1984] 1 A.C. 74; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326.

## Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 9.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.  
*Habeas Corpus Act, 1679* (Angl.), 31 Cha. 2, ch. 2.  
*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 27, 28, 29.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18, 18.1(2), (3)b), (4).



*Federal Court Rules*, SOR/98-106, rr. 301 to 314.  
*Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 18, 18.1(2),  
 (3)(b), (4).  
*Habeas Corpus Act, 1679* (Engl.), 31 Cha. 2, c. 2.

### Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768.  
 Canada. Correctional Service. *Commissioner's Directive 081*, "Offender Complaints and Grievances", 2014.  
 Canada. Correctional Service. *Commissioner's Directive 710-2*, "Transfer of Offenders", 2010.  
 Cromwell, Thomas. "Habeas Corpus and Correctional Law — An Introduction" (1977), 3 *Queen's L.J.* 295.  
 Duker, William F. *A Constitutional History of Habeas Corpus*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1980.  
 Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.  
 Farbey, Judith, Robert J. Sharpe and Simon Atrill. *The Law of Habeas Corpus*, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2011.  
 Ford, Cristie. "Dogs and Tails: Remedies in Administrative Law", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2013, 85.  
 Halliday, Paul D. *Habeas Corpus: From England to Empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 2010.  
 Harvey, D. A. Cameron. *The Law of Habeas Corpus in Canada*. Toronto: Butterworths, 1974.  
 Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.  
 Parkes, Debra. "The 'Great Writ' Reinvigorated? *Habeas Corpus* in Contemporary Canada" (2010), 36 *Man. L.J.* 351.  
 Sharpe, Robert J. "Habeas Corpus in Canada" (1976), 2 *Dal. L.J.* 241.  
 Sharpe, Robert J. *The Law of Habeas Corpus*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 1989.  
 Wade, H. W. R. "Habeas Corpus and Judicial Review" (1997), 113 *L.Q.R.* 55.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Smith, Chiasson and Groberman JJ.A.), 2011 BCCA 450, 312 B.C.A.C. 217, 531 W.A.C. 217, 246 C.R.R. (2d) 277, 27 Admin. L.R. (5th) 41, 90 C.R. (6th) 149, [2011] B.C.J. No. 2111 (QL), 2011 CarswellBC 3095, setting aside in part a decision of Bruce J., 2010 BCSC

*Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 5(1)b), 13.  
*Règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique en matière pénale*, TR/97-140, règle 4.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 301 à 314.

### Doctrine et autres documents cités

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768.  
 Canada. Service correctionnel. *Directive du Commissaire 081*, « Plantes et griefs des délinquants », 2014.  
 Canada. Service correctionnel. *Directive du Commissaire 710-2*, « Transfèrement de délinquants », 2010.  
 Cromwell, Thomas. « Habeas Corpus and Correctional Law — An Introduction » (1977), 3 *Queen's L.J.* 295.  
 Duker, William F. *A Constitutional History of Habeas Corpus*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1980.  
 Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.  
 Farbey, Judith, Robert J. Sharpe and Simon Atrill. *The Law of Habeas Corpus*, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2011.  
 Ford, Cristie. « Dogs and Tails: Remedies in Administrative Law », in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2013, 85.  
 Halliday, Paul D. *Habeas Corpus: From England to Empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 2010.  
 Harvey, D. A. Cameron. *The Law of Habeas Corpus in Canada*. Toronto: Butterworths, 1974.  
 Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.  
 Parkes, Debra. « The "Great Writ" Reinvigorated? *Habeas Corpus* in Contemporary Canada » (2010), 36 *Man. L.J.* 351.  
 Sharpe, Robert J. « Habeas Corpus in Canada » (1976), 2 *Dal. L.J.* 241.  
 Sharpe, Robert J. *The Law of Habeas Corpus*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 1989.  
 Wade, H. W. R. « Habeas Corpus and Judicial Review » (1997), 113 *L.Q.R.* 55.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Smith, Chiasson et Groberman), 2011 BCCA 450, 312 B.C.A.C. 217, 531 W.A.C. 217, 246 C.R.R. (2d) 277, 27 Admin. L.R. (5th) 41, 90 C.R. (6th) 149, [2011] B.C.J. No. 2111 (QL), 2011 CarswellBC 3095, qui a infirmé en partie une décision de la juge Bruce,

721, 210 C.R.R. (2d) 251, 19 Admin. L.R. (5th) 173, [2010] B.C.J. No. 971 (QL), 2010 CarswellBC 1288. Appeal dismissed.

*Anne M. Turley and Jan Brongers*, for the appellants.

*Bibhas D. Vaze and Michael S. A. Fox*, for the respondent.

*Allan Manson and Elizabeth Thomas*, for the interveners the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and the John Howard Society of Canada.

*D. Lynne Watt*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Michael Jackson, Q.C.*, and *Joana G. Thackeray*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction

[1] This case arises from a decision of correctional authorities to transfer a federal inmate from a medium security institution to a maximum security institution on an emergency and involuntary basis. In response to the transfer decision, the inmate filed an application for relief in the form of *habeas corpus* on the grounds that the decision taken was unreasonable and that it was procedurally unfair.

[2] At issue in this case is the state of the law with respect to the writ of *habeas corpus*. In particular, this Court must clarify the scope of a provincial superior court's review power on an application for *habeas corpus* made by a prison inmate. The first question before the Court is whether on such an application a provincial superior court may rule on the reasonableness of an administrative decision to transfer an inmate to a higher security institution or whether the reasonableness of the decision must

2010 BCSC 721, 210 C.R.R. (2d) 251, 19 Admin. L.R. (5th) 173, [2010] B.C.J. No. 971 (QL), 2010 CarswellBC 1288. Pourvoi rejeté.

*Anne M. Turley et Jan Brongers*, pour les appelants.

*Bibhas D. Vaze et Michael S. A. Fox*, pour l'intimé.

*Allan Manson et Elizabeth Thomas*, pour les intervenantes l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry et la Société John Howard du Canada.

*D. Lynne Watt*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Michael Jackson, c.r.*, et *Joana G. Thackeray*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

[1] Le présent pourvoi découle de la décision des autorités correctionnelles de procéder au transfèrement d'urgence non sollicité d'un détenu sous responsabilité fédérale d'un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité maximale. En réponse à cette décision, le détenu a présenté une demande de réparation de la nature de l'*habeas corpus*, invoquant que la décision était déraisonnable et inéquitable sur le plan procédural.

[2] Le présent pourvoi concerne l'état actuel du droit relatif au bref d'*habeas corpus*. Plus particulièrement, notre Cour doit préciser la portée du pouvoir de révision d'une cour supérieure provinciale dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus* présentée par un détenu. La première question soumise à la Cour est de savoir si, dans le cadre d'une telle demande, une cour supérieure provinciale peut se prononcer sur le caractère raisonnable d'une décision administrative de transférer un détenu

be dealt with by the Federal Court on an application for judicial review. The second question concerns the information that must be disclosed to ensure that a transfer decision is procedurally fair.

[3] In my view, superior courts are entitled to review an inmate transfer decision for reasonableness on an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid. If a decision is unreasonable, it will be unlawful. Support for this conclusion can be found in the nature of the writ, in past court decisions regarding the writ, and in the importance of swift access to justice for those who have been unlawfully deprived of their liberty.

[4] Moreover, it is well established that a superior court hearing a *habeas corpus* application may also review a transfer decision for procedural fairness. The statute at issue in this case, the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (“CCRA”), outlines the disclosure that is required for a reviewing court to find such a decision fair, and therefore lawful.

[5] In this case, the correctional authorities did not comply with the statutory disclosure requirements. The breach of the statutory requirements rendered the decision procedurally unfair, and therefore unlawful. Given this finding, I would dismiss the appeal. The judgments of both the British Columbia Supreme Court and the British Columbia Court of Appeal are well founded.

## II. Background Facts

[6] The respondent, Mr. Khela, is a federal inmate. He began serving a life sentence for first degree murder at Kent Institution in British Columbia in 2004. After three years at this maximum security facility, he was transferred to Mission Institution, a medium security facility. In February 2010, however, Mr. Khela was involuntarily transferred back to the maximum security facility on an “emergency basis” after the Warden reassessed his security classification. It is this transfer that was the subject of

à un établissement à sécurité plus élevée, ou si cette tâche revient à la Cour fédérale dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire. La seconde question a trait aux renseignements qui doivent être communiqués pour assurer l’équité procédurale des décisions de transfèrement.

[3] À mon avis, les cours supérieures peuvent, dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire, examiner le caractère raisonnable d’une décision de transférer un détenu. Si la décision est déraisonnable, elle sera illégale. La nature du bref, la jurisprudence relative à ce dernier et l’importance d’un accès rapide à la justice pour les personnes illégalement privées de leur liberté appuient cette conclusion.

[4] En outre, il est bien établi que les cours supérieures saisies de demandes d’*habeas corpus* peuvent aussi examiner l’équité procédurale des décisions de transférer un détenu. La loi en cause, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (« LSCMLC »), indique les renseignements dont la communication est requise pour qu’une cour de révision déclare une telle décision équitable et, par conséquent, légale.

[5] En l’espèce, les autorités correctionnelles n’ont pas respecté les exigences de la loi en matière de communication de renseignements. L’inobservation des exigences légales a rendu la décision inéquitable sur le plan procédural et, par conséquent, illégale. Vu cette conclusion, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Les jugements de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique sont bien fondés.

## II. Contexte factuel

[6] L’intimé, M. Khela, est détenu dans un pénitencier fédéral. En 2004, il a commencé à purger à l’Établissement Kent, en Colombie-Britannique, une peine d’emprisonnement à perpétuité pour meurtre au premier degré. Après trois ans dans cet établissement à sécurité maximale, il a été transféré à l’Établissement de Mission, un établissement à sécurité moyenne. Cependant, en février 2010, M. Khela a été transféré « d’urgence » et contre son gré à l’établissement à sécurité maximale après

Mr. Khela's initial *habeas corpus* application. Mr. Khela claimed that this transfer to a higher security institution was both unreasonable and procedurally unfair, and therefore unlawful.

[7] The events that led up to the transfer in question are as follows. On September 23, 2009, an inmate was stabbed several times at Mission Institution. Roughly one week after the stabbing, the Security Intelligence Office at Mission received information implicating Mr. Khela in the incident. On February 2, 2010, that office completed a Security Intelligence Report ("Security Report"), which contained information that Mr. Khela had hired two other inmates to carry out the stabbing in exchange for three grams of heroin. As a result of the Security Report, Mr. Khela was immediately transferred back to the maximum security prison.

[8] On February 4, 2010, Mr. Khela received an "Assessment for Decision" ("Assessment") and a "Notice of Emergency Involuntary Transfer Recommendation" ("Notice"). The Assessment indicated that "[t]he primary reason for Mr. Khela's emergency transfer [was the] Security Intelligence Report . . . and the culmination of information [it] contained", including the identification of Mr. Khela as the person responsible for organizing the stabbing. The Assessment stated that the Warden came to this conclusion on the basis of "source" and "kite", i.e. anonymous, information received from "three separate and distinct sources". The Assessment did not contain detailed information with respect to the sources' names, what they said or why they might be considered reliable.

[9] The Notice confirmed that although his security classification had been determined, on the basis of the Correctional Service of Canada ("CSC") Security Reclassification Scale ("SRS"), to be "medium security", his case management team had recommended that this classification be overridden so as to be increased to "maximum security".

que la directrice eut réévalué sa cote de sécurité. Ce transfèrement a fait l'objet de la demande initiale d'*habeas corpus* présentée par M. Khela. Ce dernier a allégué que ce transfèrement à un établissement à sécurité plus élevée était déraisonnable, inéquitable sur le plan procédural et, par conséquent, illégal.

[7] Les événements suivants ont mené au transfèrement en question. Le 23 septembre 2009, un détenu a été poignardé à plusieurs reprises à l'Établissement de Mission. Environ une semaine plus tard, le Bureau du renseignement de sécurité de l'Établissement de Mission a reçu des renseignements impliquant M. Khela dans l'incident. Le 2 février 2010, ce bureau a rédigé un rapport sur les renseignements de sécurité (« rapport de sécurité ») qui contenait des renseignements selon lesquels M. Khela avait demandé à deux autres détenus de poignarder la victime en échange de trois grammes d'héroïne. En réaction à ce rapport de sécurité, M. Khela a immédiatement été transféré au pénitencier à sécurité maximale.

[8] Le 4 février 2010, M. Khela a reçu une « Évaluation en vue d'une décision » (« évaluation ») et un « Avis de recommandation d'un transfèrement d'urgence non sollicité » (« avis »). L'évaluation confirmait que [TRADUCTION] « [I]a principale raison du transfèrement d'urgence de M. Khela [tenait] au rapport sur les renseignements de sécurité [. . .] et au résultat des renseignements qu'il contenait », notamment que M. Khela y était désigné comme celui qui avait organisé l'agression. L'évaluation indiquait que la directrice avait conclu en ce sens sur le fondement de « renseignements glanés », soit des renseignements anonymes obtenus de « trois sources différentes ». L'évaluation ne contenait aucun détail au sujet des noms des indicateurs, de leurs propos ou des raisons pour lesquelles ces sources pouvaient être considérées comme fiables.

[9] L'avis remis à M. Khela confirmait que, même si on lui avait attribué une cote de sécurité « moyenne » selon l'échelle de réévaluation du niveau de sécurité (« ÉRNS ») du Service correctionnel du Canada (« SCC »), son équipe de gestion des cas avait recommandé que cette cote soit écartée et remplacée par la cote de sécurité « maximale ».

[10] On February 26, 2010, Mr. Khela submitted a written rebuttal in response to his transfer. Mr. Khela asked that the scoring matrix used to determine his ranking in accordance with the SRS be disclosed to him together with the Security Report, and with information on why the “sources” should be considered reliable and how the Warden had determined that they were reliable.

[11] On March 15, 2010, Mr. Khela received a response to his rebuttal in the form of a “Referral Decision Sheet” that informed him that the Warden’s final decision was to transfer him to the maximum security facility. In it, the Warden explained, among other things, why Mr. Khela’s “medium” security rating had been overridden by his case management team. She also noted, in response to Mr. Khela’s questioning of the credibility of the sources, that “the information received and assessed by the [Security Intelligence Officer was] believed reliable despite the Assessment . . . only referring to the information as ‘source’ information” because of the expertise and policies of the security intelligence officers.

[12] On April 27, 2010, Mr. Khela filed a notice that he would be making a *habeas corpus* application in the British Columbia Supreme Court. The application was heard by Bruce J. on May 11, 2010. Ten days later, Bruce J. granted the writ and ordered that Mr. Khela be returned to the general population of Mission Institution, the medium security facility. This appeal concerns the lawfulness of that transfer decision.

#### A. *Mootness*

[13] It is important to note that this appeal is now factually moot. On July 23, 2010, the Warden of Mission Institution made another decision to reclassify Mr. Khela as requiring maximum security. As a result of that decision, Mr. Khela was transferred back to Kent Institution, the maximum security facility. This second transfer was the subject of another *habeas corpus* application, which was dismissed by a judge of the British Columbia Supreme Court

[10] Le 26 février 2010, M. Khela a présenté des observations écrites en réponse au transfèrement. Il a demandé qu’on lui communique la matrice de notation utilisée pour déterminer sa cote de sécurité conformément à l’ÉRNS ainsi que le rapport de sécurité, des renseignements expliquant pourquoi les « sources » devaient être considérées comme fiables et la façon dont la directrice avait déterminé leur fiabilité.

[11] Le 15 mars 2010, M. Khela a reçu, en réponse à ses observations, la feuille « Recommandation/décision » qui confirmait la décision définitive de la directrice de le transférer à l’établissement à sécurité maximale. Dans cette feuille, la directrice expliquait notamment pourquoi l’équipe de gestion du cas de M. Khela avait écarté sa cote de sécurité « moyenne ». Elle a également indiqué, en réponse à la remise en question, par M. Khela, de la crédibilité des sources, que [TRADUCTION] « les renseignements reçus et évalués par [l’agent du renseignement de sécurité étaient] considérés comme fiables, même si l’évaluation [. . .] mentionn[ait] seulement que les “renseignements prov[enaient] de sources” », du fait de l’expertise et des politiques des agents du renseignement de sécurité.

[12] Le 27 avril 2010, M. Khela a déposé devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique un avis de demande d’un bref d’*habeas corpus*. Le 11 mai 2010, la juge Bruce a entendu la demande. Dix jours plus tard, elle a accordé le bref et ordonné que M. Khela soit renvoyé dans la population générale de l’Établissement de Mission, l’établissement à sécurité moyenne. La légalité de la décision ordonnant le transfèrement fait l’objet du présent pourvoi.

#### A. *Caractère théorique*

[13] Il importe de signaler que ce pourvoi est désormais théorique sur le plan factuel. Le 23 juillet 2010, la directrice de l’Établissement de Mission a réattribué à M. Khela la cote de sécurité maximale. Du fait de cette décision, M. Khela a été renvoyé à l’Établissement Kent, l’établissement à sécurité maximale. Ce deuxième transfèrement a fait l’objet d’une autre demande d’*habeas corpus* qu’un juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a

(2011 BCSC 577, 237 C.R.R. (2d) 15, at paras. 1, 58 and 89). Mr. Khela did not appeal the dismissal of that application. The lawfulness of his current incarceration is therefore not before this Court.

[14] Despite being moot, this appeal merits a decision in the circumstances of this case. The nature of *habeas corpus* applications involving the transfer and segregation of inmates is such that the factual circumstances of a given application can change quickly, before an appellate court can review the application judge's decision. This means that such cases will often be moot before making it to the appellate level, and are therefore "capable of repetition, yet evasive of review" (*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at p. 364). As was true in *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809, at para. 14, and *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 652, the points in issue here are sufficiently important, and they come before appellate courts as "live" issues so rarely, that the law needs to be clarified in the instant case.

### III. Judicial History

#### A. *British Columbia Supreme Court, 2010 BCSC 721, 210 C.R.R. (2d) 251*

[15] The British Columbia Supreme Court granted Mr. Khela *habeas corpus* (para. 64). Bruce J. first determined that on a *habeas corpus* application, a provincial superior court has jurisdiction to review a warden's transfer decision for reasonableness. Relying on this Court's decisions in *May* and in the "Miller trilogy" (*R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *Cardinal*; *Morin v. National Special Handling Unit Review Committee*, [1985] 2 S.C.R. 662), she found that provincial superior courts, when hearing *habeas corpus* applications, have concurrent jurisdiction with the Federal Court (para. 37), which means that it is open to a superior court to determine whether the decision in question is reasonable. Bruce J. explained that the discretion to refuse to hear a *habeas corpus* application can only be exercised "where by statute a court of appeal is

rejetée (2011 BCSC 577, 237 C.R.R. (2d) 15, par. 1, 58 et 89). Monsieur Khela n'a pas interjeté appel du rejet de cette demande. La Cour n'a donc pas à statuer sur la légalité de l'incarcération actuelle de M. Khela.

[14] Les circonstances de cette affaire méritent qu'une décision soit rendue malgré son caractère théorique. Les demandes d'*habeas corpus* relatives au transfèrement et à l'isolement des détenus sont telles que les faits afférents à chaque demande peuvent changer rapidement avant qu'une cour d'appel puisse examiner la décision du juge qui a entendu la demande. Ainsi, ces litiges sont souvent devenus théoriques avant d'être portés en appel — une situation « susceptible à la fois de se répéter et de ne jamais être soumise aux tribunaux » (*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 364). Tout comme dans les arrêts *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809, par. 14, et *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, p. 652, vu l'importance de ces questions et le fait qu'elles se posent rarement devant les cours d'appel, il convient en l'espèce de préciser le droit.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2010 BCSC 721, 210 C.R.R. (2d) 251*

[15] La Cour suprême de la Colombie-Britannique a accueilli la demande d'*habeas corpus* de M. Khela (par. 64). La juge Bruce a d'abord statué que, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*, les cours supérieures provinciales sont autorisées à examiner le caractère raisonnable d'une décision de transférer un détenu prise par un directeur. S'appuyant sur les arrêts de notre Cour dans *May* et la « trilogie Miller » (*R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, *Cardinal*, et *Morin c. Comité chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662), la juge Bruce a conclu que, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*, les cours supérieures provinciales et la Cour fédérale ont une compétence concurrente (par. 37) et que, par conséquent, les cours supérieures peuvent apprécier le caractère raisonnable de la décision

vested with exclusive authority to hear an appeal or where there is a complete internal process for review of an administrative decision” (para. 38). She found that a challenge based on reasonableness falls into neither of these categories, which means that reasonableness is a legitimate ground for review (paras. 38-40). Ultimately, however, Bruce J. held that it was unnecessary to address Mr. Khela’s argument that the transfer decision was unreasonable, because she had already found the transfer to be unlawful on the basis of insufficient disclosure.

[16] Bruce J. found that the statutory obligation to disclose under s. 27(1) of the *CCRA* is “onerous, substantial and extensive”, and that it is “underscored by the common law duty of fairness” (para. 44). In addition, she noted that *Commissioner’s Directive 710-2*, “Transfer of Offenders”, requires specific disclosure of the details of the incidents and the information that prompted the transfer recommendation. Bruce J. concluded that the Warden had failed to prove that she had fulfilled her obligation to make disclosure “to the greatest extent possible” (paras. 46 and 59). In particular, she found that the Warden had unjustifiably failed to disclose the specific statements made by the anonymous sources, information concerning the reliability of these anonymous sources, and the scoring matrix relied upon for the SRS calculation (paras. 51 and 56).

[17] Bruce J. also held that s. 27(3) of the *CCRA* grants the authority to withhold information only when strictly necessary to protect the safety of a person, the security of the penitentiary, or the conduct of a lawful investigation. She stated that a warden who withholds information for one of these reasons must invoke that provision and present evidence to the court to show that the information was properly withheld. Bruce J. noted that the Warden had failed

en question. La juge Bruce a expliqué que le pouvoir discrétionnaire de refuser d’entendre une demande d’*habeas corpus* peut être exercé uniquement lorsque [TRADUCTION] « une loi investit une cour d’appel du pouvoir exclusif d’entendre un appel ou lorsqu’existe une procédure interne d’examen complet d’une décision administrative » (par. 38). Elle a conclu qu’une contestation du caractère raisonnable d’une décision n’appartient à aucune de ces catégories et, par conséquent, le caractère raisonnable constitue un motif légitime d’examen de la décision (par. 38-40). Cependant, la juge Bruce a finalement décidé qu’il n’était pas nécessaire d’examiner les arguments de M. Khela selon lesquels la décision de le transférer était déraisonnable, car elle avait déjà conclu que le transfèrement était illégal en raison de la communication de renseignements insuffisants.

[16] Selon la juge Bruce, l’obligation légale de communiquer des renseignements prévue au par. 27(1) de la *LSCMLC* est [TRADUCTION] « onéreuse, substantielle, imposante » et « renforcée par l’obligation d’équité prévue par la common law » (par. 44). De plus, elle a souligné que la *Directive du commissaire 710-2*, « Transfèrement de délinquants », exige la communication explicite des détails sur les incidents et des renseignements ayant entraîné une recommandation de transfèrement. La juge Bruce a conclu que la directrice avait omis de démontrer qu’elle s’était acquittée de son obligation de communication « autant que possible » (par. 46 et 59). Plus particulièrement, à son avis, la directrice avait, de façon injustifiable, omis de communiquer les déclarations faites par les sources anonymes, les renseignements relatifs à la fiabilité de ces sources anonymes, ainsi que la matrice de notation qui sous-tend l’ÉRNS (par. 51 et 56).

[17] La juge Bruce a également jugé que le par. 27(3) de la *LSCMLC* ne confère le pouvoir d’empêcher la communication de renseignements que dans la mesure jugée strictement nécessaire à la protection d’une personne, à la sécurité du pénitencier ou à la tenue d’une enquête licite. Elle a affirmé qu’un directeur qui empêche la communication de renseignements pour l’une de ces raisons doit invoquer ce paragraphe et prouver au tribunal

to invoke s. 27(3) and had presented no evidence to justify the withholding of the information. Thus, Mr. Khela had not been given “all the information to be considered”. As a result of this failure to disclose, Bruce J. declared the Warden’s decision “null and void for want of jurisdiction” (para. 64). She ordered Mr. Khela’s return to the general population of Mission Institution.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2011 BCCA 450, 312 B.C.A.C. 217*

[18] The British Columbia Court of Appeal allowed the appeal, but only to the extent of limiting Bruce J.’s order to read that *habeas corpus* was granted and that Mr. Khela should be returned to a medium security institution (at para. 95). Chiasson J.A. found that it was unnecessary and undesirable to state that the transfer was “null and void for want of jurisdiction”. In substance, however, the Court of Appeal largely agreed with Bruce J.’s decision.

[19] The Court of Appeal held that an inmate transferred from a medium to a maximum security facility may apply for *habeas corpus* in a provincial superior court on the ground that the transfer decision was unreasonable. In Chiasson J.A.’s view, an unreasonable decision is an unlawful decision, and *habeas corpus* is therefore available (para. 66). Chiasson J.A. further explained that where a *habeas corpus* application concerns the substance of the underlying decision, the standard of review is reasonableness, with considerable deference to those charged with the administration of penal institutions (paras. 69-70).

[20] The Court of Appeal also addressed the issue of disclosure. Chiasson J.A. held that a warden

que le refus de communiquer ces renseignements était justifié. La juge Bruce a fait remarquer que la directrice n’avait pas invoqué le par. 27(3) ni présenté aucun élément de preuve justifiant son refus de communiquer les renseignements. En conséquence, « tous les renseignements entrant en ligne de compte » n’avaient pas été communiqués à M. Khela. La juge Bruce a conclu que la décision de la directrice était [TRADUCTION] « nulle pour défaut de compétence » en raison de cette omission de communiquer tous les renseignements (par. 64). Elle a ordonné que M. Khela soit renvoyé dans la population générale de l’Établissement de Mission.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2011 BCCA 450, 312 B.C.A.C. 217*

[18] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli l’appel, mais seulement pour limiter l’ordonnance de la juge Bruce à une déclaration que l’*habeas corpus* était accordé et que M. Khela devait être renvoyé à un établissement à sécurité moyenne (par. 95). En effet, le juge Chiasson a conclu qu’il n’était ni nécessaire ni souhaitable d’indiquer que le transfèrement était [TRADUCTION] « nul pour défaut de compétence ». La Cour d’appel s’est toutefois dite essentiellement d’accord avec la décision de la juge Bruce.

[19] La Cour d’appel a conclu que les détenus transférés d’un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité maximale peuvent demander l’*habeas corpus* devant une cour supérieure provinciale au motif que la décision de transférer était déraisonnable. Selon le juge Chiasson, une décision déraisonnable est une décision illégale et, par conséquent, l’*habeas corpus* constitue une réparation possible (par. 66). Il a également expliqué que la norme du caractère raisonnable est la norme de contrôle applicable dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus* qui vise l’examen au fond de la décision sous-jacente, et qu’il faut faire preuve d’un degré élevé de déférence envers les personnes chargées de l’administration des établissements pénitentiaires (par. 69-70).

[20] La Cour d’appel a aussi examiné la question de la communication des renseignements. D’après



is statutorily obliged to provide an applicant in Mr. Khela's position with all the information he or she considered in making the decision, or with a summary of that information (para. 42). However, he did not agree that the warden has to provide the substance and details of the events leading up to the decision "to the greatest extent possible" (para. 43). Rather, Chiasson J.A. found that all that is required is an outline of the basic facts of the incident leading to the transfer that would be sufficient for the inmate to know the case he or she must meet (para. 43). He added that s. 27(3) of the *CCRA* provides a basis for justifying non-compliance. But he noted that it also requires the warden to invoke this provision and establish that he or she had reasonable grounds to believe that withholding the information was necessary in the circumstances.

[21] Applying this statutory standard, Chiasson J.A. determined that Mr. Khela had not been provided with adequate disclosure given the statutory and the common law requirements (para. 55). In particular, he found that Bruce J. had not erred in concluding that Mr. Khela should have been given additional information concerning the sources of information considered by the Warden. Chiasson J.A. accordingly found that the Warden had not met her statutory obligation and that, as a result, the transfer was procedurally unfair and therefore unlawful. He agreed with Bruce J.'s decision to grant *habeas corpus*.

#### IV. Issues and Positions of the Parties

[22] This case revolves around three core issues:

- (a) What is the scope of the review on an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid in respect of detention in a federal penitentiary? In particular, does the scope of the review on such an application include an assessment of reasonableness?

le juge Chiasson, un directeur d'établissement pénitentiaire est légalement tenu de communiquer au demandeur qui se trouve dans la situation de M. Khela tous les renseignements pris en compte dans sa décision, ou un sommaire de ceux-ci (par. 42). Cependant, il n'admettait pas que le directeur devait, « autant que possible », communiquer la nature et les détails des événements menant à la décision (par. 43). Le juge Chiasson a plutôt estimé qu'un résumé des faits essentiels de l'incident ayant mené au transfèrement suffit pour que le détenu soit informé de la preuve produite contre lui (par. 43). Il a ajouté que le par. 27(3) de la *LSCMLC* permet de justifier le refus de communiquer des renseignements. Cependant, il a souligné que la loi prescrit aussi au directeur d'invoquer cette disposition et d'établir l'existence de motifs raisonnables de croire qu'il est nécessaire de refuser la communication de certains renseignements dans les circonstances.

[21] Appliquant cette norme légale, le juge Chiasson a estimé que, compte tenu des exigences légales et de la common law, les renseignements communiqués à M. Khela ne suffisaient pas (par. 55). Plus particulièrement, le juge Chiasson a affirmé que la juge Bruce n'avait pas conclu à tort que M. Khela aurait dû recevoir plus d'informations relatives aux sources des renseignements pris en compte par la directrice. Par conséquent, le juge a décidé que la directrice n'avait pas respecté la loi et, partant, que le transfèrement était inéquitable sur le plan procédural et, donc, illégal. Il a donc souscrit à la décision de la juge Bruce d'accueillir la demande d'*habeas corpus*.

#### IV. Questions en litige et positions des parties

[22] Le présent pourvoi soulève trois questions fondamentales :

- a) Quelle est la portée du contrôle relatif à une demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire relativement à la détention dans un pénitencier fédéral? Plus particulièrement, le contrôle relatif à telle demande permet-il l'examen du caractère raisonnable de la décision?

- (b) What is the scope of the duty of disclosure under s. 27 of the *CCRA*?
- (c) In this case, were there grounds for finding that the decision was unlawful and granting the writ of *habeas corpus*?

[23] With regard to the first issue, the appellants argue that on an application for *habeas corpus* in this context, the scope of a provincial superior court's review is limited to an assessment of whether the decision was "lawful". In the appellants' view, the merits of the underlying decision are irrelevant to that assessment. Only the Federal Court can assess the reasonableness of federal administrative decisions. The respondent argues, on the contrary, that it is open to a superior court on an application for *habeas corpus* to review the reasonableness of a correctional decision which resulted in a deprivation of liberty.

[24] The interveners largely support Mr. Khela on this issue. The British Columbia Civil Liberties Association ("BCCLA") argues that to determine whether a decision was "lawful", a provincial superior court hearing a *habeas corpus* application must be able to conduct a robust review. It nevertheless cautions against allowing a superior court to conduct a "wholesale review for 'reasonableness'". According to the Canadian Civil Liberties Association ("CCLA"), *habeas corpus*, as a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* remedy, should be interpreted in a manner that is responsive to the particular needs of an individual who has been unlawfully deprived of his or her liberty. For this purpose, a superior court must be able to consider the merits of the underlying decision. Finally, the John Howard Society of Canada and the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies submit that the appellants' interpretation of the scope of *habeas corpus* is too restrictive, but that "*Dunsmuir* reasonableness" cannot apply as a standard of review on a *habeas corpus* application (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190).

- b) Quelle est la portée de l'obligation de communication prévue à l'art. 27 de la *LSCMLC*?
- c) En l'espèce, existait-il des motifs de conclure que la décision était illégale et de décerner le bref d'*habeas corpus*?

[23] À propos de la première question, les appelants plaident que, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus* dans ce contexte, le pouvoir de révision d'une cour supérieure provinciale se limite à déterminer si la décision était « légale ». Selon les appelants, le bien-fondé de la décision sous-jacente n'a pas d'incidence sur cet examen. Seule la Cour fédérale peut apprécier le caractère raisonnable des décisions administratives fédérales. Par contre, l'intimé soutient qu'une cour supérieure peut, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*, examiner le caractère raisonnable d'une décision correctionnelle qui entraîne une privation de liberté.

[24] Les intervenantes appuient en grande partie cette prétention de M. Khela. L'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (« ALCCB ») plaide que les cours supérieures provinciales saisies de demandes d'*habeas corpus* doivent pouvoir procéder à une révision rigoureuse pour déterminer si une décision était « légale ». L'ALCCB indique néanmoins qu'il ne faut pas permettre aux cours supérieures de se livrer à un [TRADUCTION] « examen approfondi du "caractère raisonnable" ». Selon l'Association canadienne des libertés civiles (« ACLC »), l'*habeas corpus* doit être interprété de manière à tenir compte des besoins particuliers d'une personne illégalement privée de sa liberté, lorsqu'il est employé pour accorder une réparation en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour ce faire, les cours supérieures doivent pouvoir examiner le bien-fondé de la décision sous-jacente. Enfin, la Société John Howard du Canada et l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry soutiennent que l'interprétation que donnent les appelants à la portée de l'*habeas corpus* est trop restrictive, mais qu'on ne peut pas, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*, appliquer la norme de la décision raisonnable énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir* (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190).

[25] As for the second issue, the appellants contend that disclosure will be sufficient when, as a matter of logic and common sense, it enables the inmate to know the case he or she has to meet. They further argue that if information is withheld pursuant to s. 27(3) of the *CCRA*, the decision to withhold it cannot be impugned by means of an application for *habeas corpus*, but must be challenged in the Federal Court on judicial review. The respondent counters that s. 27(1) indicates, in plain language, that the decision maker must disclose all the information considered in the taking of a decision or a summary of that information. He adds that if information is withheld from an inmate pursuant to s. 27(3), the onus is on the warden to demonstrate that there were reasonable grounds to believe that the safety of a person, the security of the institution or the conduct of an investigation would have been jeopardized had the information been disclosed. All four interveners (the CCLA, the BCCLA, the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies together with the John Howard Society of Canada) are in substantial agreement with the respondent.

[26] Finally, on the third issue, the appellants submit that the courts below erred in granting Mr. Khela's *habeas corpus* application. First, they argue that the courts below erred in holding that it is acceptable for a provincial superior court to review the merits of a transfer decision for reasonableness. Second, they argue that the courts below erred in finding that the Warden's disclosure constituted a denial of procedural fairness. In their opinion, the information disclosed to Mr. Khela was sufficient for him to know the case to be met. The respondent contends that the Warden did not disclose all the information she had considered, and that she provided no evidentiary basis for withholding it as she was required to do in the context of s. 27. The decision to transfer Mr. Khela was accordingly unlawful for want of procedural fairness.

[25] Au sujet de la deuxième question, les appelants prétendent que la communication des renseignements est suffisante lorsque, selon la logique et le bon sens, le détenu est en mesure de connaître la preuve qui pèse contre lui. Ils soutiennent en outre que, si la communication de renseignements a été refusée en application du par. 27(3) de la *LSCMLC*, on ne peut contester ce refus au moyen d'une demande d'*habeas corpus*. Il faut plutôt présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale. L'intimé répond qu'il ressort du libellé même du par. 27(1) que le décideur doit communiquer tous les renseignements entrant en ligne de compte dans la prise de décision ou un sommaire de ceux-ci. Il ajoute que si les renseignements ne sont pas communiqués à un détenu conformément au par. 27(3), il incombe au directeur de démontrer l'existence de motifs raisonnables de croire que la communication mettrait en danger la sécurité d'une personne ou de l'établissement ou compromettrait la tenue d'une enquête. Les quatre intervenantes (l'ACLC, l'ALCCB, l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry et la Société John Howard du Canada) sont essentiellement d'accord avec l'intimé.

[26] Enfin, pour ce qui est de la troisième question, les appelants font valoir que les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur en accueillant la demande d'*habeas corpus* de M. Khela. Premièrement, ils soutiennent que les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur en déclarant qu'il est acceptable pour une cour supérieure provinciale d'examiner si le bien-fondé d'une décision relative au transfèrement était raisonnable. Deuxièmement, selon les appelants, les tribunaux d'instance inférieure ont conclu à tort que la communication de renseignements par la directrice constituait un manquement à l'équité procédurale. À leur avis, les renseignements communiqués étaient suffisants pour permettre à M. Khela de connaître la preuve qui pesait contre lui. Ce dernier rétorque que la directrice n'a pas communiqué tous les renseignements dont elle a tenu compte, et qu'elle n'a présenté aucun élément de preuve justifiant son refus de les communiquer, comme l'exigeait l'art. 27. Par conséquent, la décision de transférer M. Khela était illégale en raison d'un manquement à l'équité procédurale.

## V. Analysis

### A. *Habeas Corpus: The History and Nature of the Remedy*

[27] W. Blackstone, in his *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, c. 8, at p. 131, asserted that *habeas corpus* is “the great and efficacious writ in all manner of illegal confinement” (cited by D. Parkes, “The ‘Great Writ’ Reinvigorated? *Habeas Corpus* in Contemporary Canada” (2012), 36 *Man. L.J.* 351, at p. 352; *May*, at para. 19; W. F. Duker, *A Constitutional History of Habeas Corpus* (1980), at p. 3). In an earlier incarnation, *habeas corpus* was a means to ensure that the defendant in an action was brought physically before the Court (Duker, at p. 4; J. Farbey, R. J. Sharpe and S. Atrill, *The Law of Habeas Corpus* (3rd ed. 2011), at p. 16; P. D. Halliday, *Habeas Corpus: From England to Empire* (2010), at p. 2). Over time, however, the writ was transformed into a vehicle for reviewing the justification for a person’s imprisonment (Duker, at p. 4). Indeed, by the late 17th century, Vaughan C.J. of the Court of Common Pleas stated that “[t]he Writ of *habeas corpus* is now the most usual remedy by which a man is restored again to his liberty, if he have been against law deprived of it” (Duker, at p. 54, citing *Bushell’s Case* (1670), Vaughan 135, 124 E.R. 1006, at p. 1007).

[28] The first legislation respecting *habeas corpus* was enacted in 1641. The remedy was subsequently codified a second time in the *Habeas Corpus Act* of 1679 (Engl.), 31 Cha. 2, c. 2 (T. Cromwell, “Habeas Corpus and Correctional Law — An Introduction” (1997), 3 *Queen’s L.J.* 295, at p. 298), the many purposes of which included addressing problematic delays in obtaining the writ, ensuring that prisoners were provided with copies of their warrants so that they would know the grounds for their detention, and ensuring that prisoners “would not be taken to places beyond the reach of the writ” (Farbey, Sharpe and Atrill, at p. 16; Halliday, at pp. 239-40).

[29] Through both the *Charter* and the common law, Canada has attempted to maintain and uphold

## V. Analyse

### A. *L’habeas corpus : historique et nature du recours*

[27] Dans son ouvrage intitulé *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, ch. 8, p. 131, W. Blackstone a écrit que l’*habeas corpus* constitue [TRADUCTION] « le bref important et efficace contre toute forme de détention illégale » (cité par D. Parkes, « The “Great Writ” Reinvigorated? *Habeas Corpus* in Contemporary Canada » (2012), 36 *Man. L.J.* 351, p. 352; *May*, par. 19; W. F. Duker, *A Constitutional History of Habeas Corpus* (1980), p. 3). Auparavant, l’*habeas corpus* constituait en une procédure destinée à assurer la présence physique devant le tribunal d’un défendeur à une action (Duker, p. 4; J. Farbey, R. J. Sharpe et S. Atrill, *The Law of Habeas Corpus* (3<sup>e</sup> éd. 2011), p. 16; P. D. Halliday, *Habeas Corpus : From England to Empire* (2010), p. 2). Cependant, le bref est devenu graduellement un moyen d’examiner la justification de l’emprisonnement d’un individu (Duker, p. 4). En effet, à la fin du 17<sup>e</sup> siècle, le juge en chef Vaughan de la Cour des plaids communs a affirmé que [TRADUCTION] « [l]e bref d’*habeas corpus* est désormais le recours le plus utilisé pour rendre à un individu la liberté dont il a été illégalement privé » (Duker, p. 54, citant *Bushell’s Case* (1670), Vaughan 135, 124 E.R. 1006, p. 1007).

[28] Le premier texte législatif relatif à l’*habeas corpus* a été adopté en 1641. L’*Habeas Corpus Act* de 1679 (Angl.), 31 Cha. 2, ch. 2, a codifié cette procédure une deuxième fois (T. Cromwell, « Habeas Corpus and Correctional Law — An Introduction » (1997), 3 *Queen’s L.J.* 295, p. 298). Cette loi visait des objectifs divers. Ainsi, elle visait le problème des délais dans l’obtention du bref. Puis, son adoption cherchait à assurer que les prisonniers obtiennent une copie de leur mandat d’arrestation afin qu’ils connaissent les motifs de leur détention, et à faire en sorte que les prisonniers [TRADUCTION] « ne soient pas amenés à un endroit où le bref ne peut être exécuté » (Farbey, Sharpe et Atrill, p. 16; Halliday, p. 239-240).

[29] Dans la *Charte* et la common law, le Canada a tenté de conserver et de respecter un bon nombre

many of the goals of the *Habeas Corpus Act*, which embodied the evolving purposes and principles of the writ. *Habeas corpus* has become an essential remedy in Canadian law. In *May*, this Court emphasized the importance of *habeas corpus* in the protection of two of our fundamental rights:

(1) the right to liberty of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice (s. 7 of the *Charter*); and (2) the right not to be arbitrarily detained or imprisoned (s. 9 of the *Charter*). [para. 22]

These rights belong to everyone in Canada, including those serving prison sentences (*May*, at paras. 23-25). *Habeas corpus* is in fact the strongest tool a prisoner has to ensure that the deprivation of his or her liberty is not unlawful. In articulating the scope of the writ both in the *Miller* trilogy and in *May*, the Court has ensured that the rule of law continues to run within penitentiary walls (*Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at p. 622) and that any deprivation of a prisoner's liberty is justified.

[30] To be successful, an application for *habeas corpus* must satisfy the following criteria. First, the applicant must establish that he or she has been deprived of liberty. Once a deprivation of liberty is proven, the applicant must raise a legitimate ground upon which to question its legality. If the applicant has raised such a ground, the onus shifts to the respondent authorities to show that the deprivation of liberty was lawful (Farbey, Sharpe and Atrill, at pp. 84-85; *May*, at paras. 71 and 74).

#### B. *Court Oversight of Penal Institutions*

[31] Both the Federal Court and provincial superior courts are tasked with reviewing decisions made within federal prison walls. Section 18 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7 (“*FCA*”), confers exclusive original jurisdiction on the Federal Court to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief against

des objectifs de l'*Habeas Corpus Act*, dont les dispositions retraçaient l'évolution des buts et des principes du bref. L'*habeas corpus* est donc devenu une voie de recours essentielle en droit canadien. Plus particulièrement, notre Cour a souligné dans l'arrêt *May* son importance pour la protection de nos droits fondamentaux :

(1) le droit à la liberté et à ce qu'il n'y soit porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale (art. 7 de la *Charte*), et (2) le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraire (art. 9 de la *Charte*). [par. 22]

Tous au Canada jouissent de ces droits, y compris les personnes qui purgent une peine d'emprisonnement (*May*, par. 23-25). En fait, l'*habeas corpus* demeure le meilleur moyen à la disposition du prisonnier qui veut faire contrôler la légalité de sa privation de liberté. En précisant la portée du bref dans la trilogie *Miller* et dans l'arrêt *May*, notre Cour a garanti que le principe de légalité continue de régner à l'intérieur des murs d'un pénitencier (*Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, p. 622), et que toute privation de la liberté d'un prisonnier soit justifiée.

[30] Pour réussir, une demande d'*habeas corpus* doit satisfaire aux critères suivants. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il a été privé de sa liberté. Cela fait, le demandeur doit valablement soulever un doute quant à la légalité de sa privation de liberté. Lorsqu'il soulève un tel doute, il incombe aux autorités défenderesses de démontrer la légalité de cette privation de la liberté (Farbey, Sharpe et Atrill, p. 84-85; *May*, par. 71 et 74).

#### B. *Droit de regard des tribunaux sur les décisions prises dans les établissements carcéraux*

[31] La Cour fédérale et les cours supérieures provinciales sont chargées de réviser les décisions prises au sein des pénitenciers fédéraux. Aux termes de l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7 (« *LCF* »), la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de prohibition, de *mandamus* ou de *quo warranto*,

any federal board, commission or other tribunal. In *Martineau* this Court held that the writ of *certiorari* is available if an administrative decision was unfair, regardless of whether the decision was “judicial or quasi-judicial” (pp. 628-29 and 634). Dickson J. (as he then was) stated, in minority concurring reasons, that under s. 18, *certiorari* is available in the Federal Court whenever “a public body has power to decide any matter affecting the rights, interests, property, privileges, or liberties of any person” (pp. 622-23).

[32] However, *habeas corpus* was “deliberately omit[ted]” from the list of writs set out in s. 18 of the *FCA*. This means that although the Federal Court has a general review jurisdiction, it cannot issue the writ of *habeas corpus* (*Miller*, at pp. 624-26). Jurisdiction to grant *habeas corpus* with regard to inmates remains with the provincial superior courts.

[33] The jurisdiction of the provincial superior courts over prisoners in federal institutions was explained by this Court in the 1985 *Miller* trilogy and confirmed more recently in *May*. In the trilogy, Le Dain J. held that a provincial superior court has jurisdiction to hear an application for *habeas corpus* in order to review the validity of a detention authorized by a federal decision maker, despite the fact that alternative remedies are available in the Federal Court (*Miller*, at pp. 626 and 640-41). Le Dain J. concluded in *Miller*:

... *habeas corpus* should lie to determine the validity of a particular form of confinement in a penitentiary notwithstanding that the same issue may be determined upon *certiorari* in the Federal Court. The proper scope of the availability of *habeas corpus* must be considered first on its own merits, apart from the possible problems arising from concurrent or overlapping jurisdiction. The general importance of [*habeas corpus*] as the traditional means of challenging deprivations of liberty is such that its proper development and adaptation to the modern realities of confinement in a prison setting should not be compromised by concerns about conflicting jurisdiction. [Emphasis added; pp. 640-41.]

ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral. Dans l’arrêt *Martineau*, notre Cour a statué qu’il est possible de demander un bref de *certiorari* si une décision administrative a été prise injustement, peu importe si la décision était « judiciaire ou quasi judiciaire » (p. 628-629 et 634). Par ailleurs, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a affirmé, dans les motifs concourants des juges minoritaires, qu’aux termes de l’art. 18, la Cour fédérale peut décerner un bref de *certiorari* chaque fois « qu’un organisme public a le pouvoir de trancher une question touchant aux droits, intérêts, biens, privilèges ou libertés d’une personne » (p. 622-623).

[32] Cependant, le législateur a « délibérément omis » la mention de l’*habeas corpus* à l’art. 18 de la *LCF*. Par conséquent, bien que la Cour fédérale exerce une compétence générale en matière de contrôle, elle ne peut décerner le bref d’*habeas corpus* (*Miller*, p. 624-626). Les cours supérieures provinciales conservent à l’égard des détenus la compétence en matière d’*habeas corpus*.

[33] Notre Cour a expliqué le maintien de la compétence des cours supérieures provinciales à l’égard des détenus en établissement fédéral dans la trilogie *Miller* en 1985 et l’a plus récemment confirmé dans l’arrêt *May*. Dans la trilogie, le juge Le Dain a statué que les cours supérieures provinciales ont compétence en matière d’*habeas corpus* pour examiner la validité d’une détention autorisée par un décideur fédéral, malgré la possibilité d’exercer d’autres recours en Cour fédérale (*Miller*, p. 626 et 640-641). Le juge Le Dain a conclu comme suit dans l’arrêt *Miller* :

... il y a lieu à *habeas corpus* pour déterminer la validité d’une forme particulière de détention dans un pénitencier quoique la même question puisse être tranchée par voie de *certiorari* en Cour fédérale. La portée du recours à l’*habeas corpus* doit d’abord être examinée en fonction de son propre fondement, indépendamment des problèmes que peuvent poser le partage ou le chevauchement des compétences. L’importance générale de [*habeas corpus*] comme moyen traditionnel de contester les privations de liberté est telle que son développement et son adaptation rationnels aux réalités modernes de la détention en milieu carcéral ne doivent pas être compromis par des craintes de conflits de compétence. [Je souligne; p. 640-641.]

Thus, the availability of the writ is more important than the possibility of hypothetical issues arising as a result of concurrent jurisdiction.

[34] Le Dain J. also held in *Miller* that relief in the form of *habeas corpus* is available in a provincial superior court to an inmate whose “residual liberty” has been reduced by a decision of the prison authorities, and that this relief is distinct from a possible decision to release the inmate entirely from the correctional system (*Miller*, at p. 641). Decisions which might affect an offender’s residual liberty include, but are not limited to, administrative segregation, confinement in a special handling unit and, as in the case at bar, a transfer to a higher security institution.

[35] Finally, *Miller* enhanced the effectiveness of *habeas corpus* by confirming that inmates may apply for *certiorari* in aid of *habeas corpus*. Without *certiorari* in aid, a court hearing a *habeas corpus* application would consider only the “facts as they appear[ed] on the face of [the] return” or on the “face” of the decision, as the case may be, in determining whether the deprivation of liberty was lawful (D. A. C. Harvey, *The Law of Habeas Corpus in Canada* (1974), at p. 103). But *certiorari* in aid brings the record before the reviewing judge so that he or she may examine it to determine whether the challenged decision was lawful (*Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75, at para. 117). *Certiorari* in aid therefore operates to make *habeas corpus* more effective by requiring production of the record of the proceedings that resulted in the decision in question (*Miller*, at p. 624; Laskin C.J. in *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570, at p. 578).

[36] It should be noted that *certiorari* applied for in aid of *habeas corpus* is different from *certiorari* applied for on its own. The latter is often used to quash an order, and it is only available in the Federal Court to an applicant challenging a federal administrative decision. In the context of a *habeas corpus* application, what is in issue is only the writ of *certiorari* employed to “inform the [c]ourt” and assist it in making the correct determination in a specific case, and not the

Ainsi, l’accessibilité au recours en *habeas corpus* importe plus que les questions hypothétiques que pourrait soulever une compétence concurrente.

[34] Dans *Miller*, le juge Le Dain a aussi décidé que les détenus dont la « liberté résiduelle » a été réduite par une décision des autorités pénitentiaires devaient disposer, en cour supérieure provinciale, d’un recours de la nature de l’*habeas corpus*, et que ce recours est distinct d’une autre décision qui accorderait possiblement sa pleine liberté (*Miller*, p. 641). Les décisions susceptibles de toucher la liberté résiduelle d’un détenu sont, entre autres, celles qui concernent l’isolement préventif, l’incarcération dans une unité spéciale de détention et, comme en l’espèce, le transfèrement à un établissement à sécurité plus élevée.

[35] Enfin, l’arrêt *Miller* a renforcé l’efficacité de l’*habeas corpus* en confirmant que les prisonniers peuvent demander un *certiorari* auxiliaire de l’*habeas corpus*. En effet, sans le *certiorari* auxiliaire, le tribunal qui entend une demande d’*habeas corpus* ne pourrait examiner la légalité de la privation de liberté qu’à la lumière des [TRADUCTION] « faits énoncés dans le rapport » ou « au vu » de la décision, selon le cas (D. A. C. Harvey, *The Law of Habeas Corpus in Canada* (1974), p. 103). Le *certiorari* auxiliaire constitue alors le moyen par lequel le juge siégeant en révision peut obtenir et examiner le dossier afin de statuer sur la légalité de la décision contestée (*Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75, par. 117). Le *certiorari* auxiliaire rend donc plus efficace le recours en *habeas corpus* en exigeant la production du dossier des procédures qui ont donné lieu à la décision attaquée (*Miller*, p. 624; le juge en chef Laskin dans *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570, p. 578).

[36] Signalons que la demande d’un *certiorari* auxiliaire de l’*habeas corpus* diffère de la demande d’un *certiorari* seul, qui sert souvent à faire annuler une ordonnance. Lorsqu’une décision administrative fédérale est contestée, seule la Cour fédérale peut accorder ce *certiorari*. Dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus*, seul est en cause le bref de *certiorari* qui vise à [TRADUCTION] « informer le tribunal » et à l’aider à rendre la bonne décision dans un cas donné,

writ of *certiorari* used to bring the record before the decision maker in order to “have it quashed” as would be done on an application for judicial review in the Federal Court (Cromwell, at p. 321).

[37] This being said, there are, from a functional standpoint, many similarities between a proceeding for *habeas corpus* with *certiorari* in aid and a judicial review proceeding in the Federal Court. After all, “judicial review”, “[i]n its broadest sense”, simply refers to the supervisory role played by the courts to ensure that executive power is exercised in a manner consistent with the rule of law (Farbey, Sharpe and Atrill, at pp. 18 and 56). This is also the purpose of *habeas corpus*, if distilled to its essence (see generally, Farbey, Sharpe and Atrill, at pp. 18 and 52-56).

[38] Despite the functional similarities between *certiorari* applied for in aid of *habeas corpus* in a provincial superior court and *certiorari* applied for on its own under the *FCA*, however, there are major remedial and procedural differences between them. These differences include (a) the remedies available in each forum, (b) the burden of proof and (c) the non-discretionary nature of *habeas corpus*.

[39] In the Federal Court, a wide array of relief can be sought in an application for judicial review of a CSC decision (see s. 18.1(3)(b) of the *FCA*). But all a provincial superior court can do is determine that the detention is unlawful and then rule on a motion for discharge.

[40] Further, on an application for judicial review, it is the applicant who must show that the federal decision maker made an error (*May*, at para. 71, citing to s. 18.1(4) of the *FCA*), whereas, on an application for *habeas corpus*, the legal burden rests with the detaining authorities once the prisoner has established a deprivation of liberty and raised a legitimate ground upon which to challenge its legality (*May*, at para. 71; Farbey, Sharpe and Atrill, at pp. 84-86). This particular shift in onus is unique to the writ of *habeas corpus*. Shifting

et non le bref de *certiorari* qui vise à saisir le décideur du dossier en vue d’une « annulation de la décision », comme cela se produit généralement dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire par la Cour fédérale (Cromwell, p. 321).

[37] Cela dit, sous bien des rapports, l’*habeas corpus* assorti d’un *certiorari* auxiliaire s’apparente, sur le plan fonctionnel, au contrôle judiciaire en Cour fédérale. Après tout, le « contrôle judiciaire », entendu [TRADUCTION] « [a]u sens le plus large », renvoie seulement à la fonction de surveillance des cours de justice chargées de veiller à ce que le pouvoir exécutif s’exerce dans le respect de la primauté du droit (Farbey, Sharpe et Atrill, p. 18 et 56). Telle est également la raison d’être de l’*habeas corpus* ramené à sa plus simple expression (voir de façon générale Farbey, Sharpe et Atrill, p. 18 et 52-56).

[38] Malgré leurs ressemblances fonctionnelles, d’importantes différences subsistent toutefois sur les plans de la réparation et de la procédure entre le *certiorari* auxiliaire de l’*habeas corpus* en cour supérieure provinciale et la demande visant seulement le bref de *certiorari* sous le régime de la *LCF*. Au nombre de ces différences, mentionnons a) les réparations susceptibles d’être obtenues de l’une ou l’autre cour, b) le fardeau de preuve et c) la nature non discrétionnaire de l’*habeas corpus*.

[39] La Cour fédérale peut, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, accorder une vaste gamme de réparations contre une décision du SCC (voir l’al. 18.1(3)(b) de la *LCF*). Par contre, la cour supérieure provinciale peut uniquement conclure à l’illégalité d’une détention et statuer ensuite sur une demande de libération.

[40] En outre, dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire, il incombe au demandeur de prouver que le décideur fédéral a commis une erreur (*May*, par. 71, renvoi au par. 18.1(4) de la *LCF*), alors que dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus*, ce fardeau incombe aux autorités carcérales dès lors que le prisonnier a établi la privation de liberté et soulevé valablement un doute quant à la légalité de cette privation (*May*, par. 71; Farbey, Sharpe et Atrill, p. 84-86). Ce déplacement particulier du fardeau de la preuve est propre au bref d’*habeas corpus*.



the legal burden onto the detaining authorities is compatible with the very foundation of the law of *habeas corpus*, namely that a deprivation of liberty is permissible only if the party effecting the deprivation can demonstrate that it is justified. The shift is particularly understandable in the context of an emergency or involuntary inmate transfer, as an individual who has been deprived of liberty in such a context will not have the requisite resources or the ability to discover why the deprivation has occurred or to build a case that it was unlawful. On an application for judicial review, on the other hand, the onus remains on the individual challenging the impugned decision to show that the decision was unreasonable.

[41] Finally, judicial review is an inherently discretionary remedy (C. Ford, “Dogs and Tails: Remedies in Administrative Law”, in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (2nd ed. 2013), 85, at pp. 107-9). On an application for judicial review, the court has the authority to determine at the beginning of the hearing whether the case should proceed (D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at p. 481). In contrast, a writ of *habeas corpus* issues as of right if the applicant proves a deprivation of liberty and raises a legitimate ground upon which to question the legality of the deprivation. In other words, the matter *must* proceed to a hearing if the inmate shows some basis for concluding that the detention is unlawful (*May*, at paras. 33 and 71; Farbey, Sharpe and Atrill, at pp. 52-54).

[42] Twenty years after the *Miller* trilogy, in *May*, this Court stressed the importance of having superior courts hear *habeas corpus* applications. The majority in *May* unambiguously upheld the *ratio* of *Miller*: “. . . *habeas corpus* jurisdiction should not be declined merely because of the existence of an alternative remedy” (para. 34). In *May*, the Court established that, in light of the historical purposes of the writ, provincial superior courts should decline jurisdiction to hear *habeas corpus* applications in only two very limited circumstances:

L’attribution de ce fardeau aux autorités carcérales exprime le fondement même du droit en matière d’*habeas corpus*, selon lequel une privation de liberté n’est autorisée que lorsque la personne qui l’a ordonnée peut démontrer qu’elle est justifiée. Ce déplacement du fardeau se justifie particulièrement dans le contexte d’un transfèrement d’urgence ou non sollicité d’un détenu. En effet, la privation de liberté du prévenu le prive des ressources ou de la capacité de découvrir les motifs de cette privation de liberté ou de constituer la preuve susceptible d’établir l’illégalité de celle-ci. Dans une demande de contrôle judiciaire, par contre, la personne qui conteste la décision demeure tenue de prouver le caractère déraisonnable de cette décision.

[41] Enfin, le contrôle judiciaire constitue un recours intrinsèquement discrétionnaire (C. Ford, « Dogs and Tails : Remedies in Administrative Law », dans C. M. Flood et L. Sossin, dir., *Administrative Law in Context* (2<sup>e</sup> éd. 2013), 85, p. 107-109). Dans une telle procédure, le tribunal peut, au début de l’audience, décider si l’affaire doit aller plus loin (D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 481). Par contre, le bref d’*habeas corpus* est accordé d’office lorsque le demandeur prouve la privation de liberté et soulève valablement un doute quant à la légalité de cette privation. En d’autres termes, l’affaire *doit* être entendue dès lors que le détenu avance quelque fondement permettant de conclure à l’illégalité de la détention (*May*, par. 33 et 71; Farbey, Sharpe et Atrill, p. 52-54).

[42] Vingt ans après la trilogie *Miller*, notre Cour a souligné dans *May* l’importance qu’elle attache à la possibilité pour les cours supérieures d’entendre les demandes d’*habeas corpus*. En effet, dans ce dernier arrêt, les juges majoritaires ont confirmé sans ambiguïté la validité du raisonnement qui sous-tend l’arrêt *Miller* : « . . . on ne devrait pas décliner compétence relativement à l’*habeas corpus* simplement en raison de l’existence d’un autre recours » (par. 34). Dans l’arrêt *May*, la Cour a statué que, pour respecter les objectifs historiques de l’*habeas corpus*, les cours supérieures provinciales ne devraient décliner compétence en matière d’*habeas corpus* que dans deux cas bien précis :

... where (1) a statute such as the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, confers jurisdiction on a court of appeal to correct the errors of a lower court and release the applicant if need be or (2) the legislator has put in place complete, comprehensive and expert procedure for review of an administrative decision. [para. 50]

As was true in *May*, the first exception does not apply to the instant case. As for the second exception, the appellants have offered no argument to suggest that the transfer and review process of CSC has, since *May*, become a “complete, comprehensive and expert procedure” (paras. 50-51).

[43] The majority in *May* set out five factors that provided further support for the position that provincial superior courts should hear *habeas corpus* applications from federal prisoners regardless of whether relief is available in the Federal Court.

[44] First, given their vulnerability and the realities of confinement in prisons, inmates should, despite concerns about conflicting jurisdiction, have the ability to choose between the forums and remedies available to them (*May*, at paras. 66-67). As this Court very succinctly put it in *May*, “[t]he [remedial] option belongs to the applicant” (para. 44).

[45] Second, there is no reason to suppose that the Federal Court is more expert than the provincial superior courts when it comes to inmates’ fundamental rights. The Federal Court is of course well acquainted with administrative decisions and administrative procedure. The superior courts, on the other hand, are eminently familiar with the application of *Charter* principles and values, which are directly in issue when an inmate claims to have been unlawfully deprived of liberty (*May*, at para. 68).

[46] Third, a hearing of a *habeas corpus* application in a superior court can be obtained more rapidly than a hearing of a judicial review application in the Federal Court. For example, according to Rule 4 of the *Criminal Rules of the Supreme Court*

... (1) lorsqu’une loi comme le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, investit une cour d’appel de la compétence de corriger les erreurs d’un tribunal inférieur et de libérer le demandeur au besoin, ou (2) lorsque le législateur a mis en place une procédure d’examen complet, exhaustif et spécialisé d’une décision administrative. [par. 50]

Tout comme dans l’arrêt *May*, la première exception ne s’applique pas en l’espèce. Quant à la deuxième exception, les appelants n’ont présenté aucun argument laissant entendre que le processus de transfèrement et d’examen du SCC soit devenu, depuis l’arrêt *May*, une « procédure d’examen complet, exhaustif et spécialisé » (par. 50-51).

[43] Dans l’arrêt *May*, les juges majoritaires ont exposé cinq facteurs qui renforcent la thèse selon laquelle les cours supérieures provinciales devraient instruire les demandes d’*habeas corpus* que présentent les détenus des établissements fédéraux, peu importe la possibilité de recours devant la Cour fédérale.

[44] Premièrement, en raison de leur vulnérabilité et des réalités de l’emprisonnement, les détenus devraient pouvoir choisir le tribunal auquel ils veulent s’adresser et le recours dont ils veulent se prévaloir parmi ceux qui leur sont offerts, malgré les craintes de conflits de compétence (*May*, par. 66-67). Ainsi que la Cour l’a très succinctement énoncé dans *May*, « [l]e choix [du recours] appartient au demandeur » (par. 44).

[45] Deuxièmement, rien ne permet de supposer que l’expertise de la Cour fédérale, en matière de droits fondamentaux des détenus, soit plus grande que celle d’une cour supérieure provinciale. Incontestablement, la Cour fédérale connaît très bien les décisions et les procédures administratives. Toutefois, les cours supérieures connaissent fort bien l’application des principes et des valeurs de la *Charte* qui sont mis en cause lorsqu’un détenu prétend avoir été illégalement privé de sa liberté (*May*, par. 68).

[46] Troisièmement, on peut obtenir plus rapidement l’audition d’une demande d’*habeas corpus* que l’audition d’une demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale. À titre d’exemple, selon la règle 4 des *Règles de la Cour suprême de la*

of *British Columbia*, SI/97-140, a hearing of a *habeas corpus* application requires only six days' notice. This is minimal in comparison with the timeline for having a judicial review application heard in the Federal Court. In that court, if the parties take the full time allotted to them at each step of the procedure, the request that a date be set for the hearing of the application will be filed 160 days after the challenged decision (s. 18.1(2) of the *FCA* and Rules 301 to 314 of the *Federal Court Rules*, SOR/98-106, cited at para. 69 of *May*).

[47] Fourth, inmates have greater local access to a provincial superior court. This Court recognized the importance of local access in both *Miller*, at pp. 624-26, and *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at pp. 634-35, as well as in *May*, at para. 70.

[48] Fifth, as I mentioned above, the non-discretionary nature of *habeas corpus* and the burden of proof on an application for this remedy both favour the applicant.

[49] These factors all weigh against acceptance of a bifurcated jurisdiction. The history and nature of the remedy, combined with what this Court has said on this issue in the past, unequivocally support a finding that favours access to justice for prisoners, namely that of concurrent jurisdiction. As the majority stated in *May*, “[t]imely judicial oversight, in which provincial superior courts must play a concurrent if not predominant role, is still necessary to safeguard the human rights and civil liberties of prisoners” (para. 72).

[50] The cases discussed above form the basis for the approach the Court must take to the first issue.

### C. *Scope of the Review*

[51] In essence, the effect of the *Miller* trilogy and *May* is that an inmate who has been deprived of his or her liberty as a result of an unlawful

*Colombie-Britannique en matière pénale*, TR/97-140, l’audition d’une demande d’*habeas corpus* nécessite seulement six jours d’avis. Ce délai reste court, si on le compare aux mêmes délais pour l’audition d’une demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale. Si les délais maximaux prévus à chaque étape des procédures sont entièrement utilisés, la demande de fixation d’une date d’audition d’une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale ne sera déposée que 160 jours après la date de la décision contestée (par. 18.1(2) de la *LCF* et les règles 301 à 314 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, cités au par. 69 de l’arrêt *May*).

[47] Quatrièmement, la cour supérieure de leur région est plus aisément accessible aux détenus. La Cour a reconnu l’importance de ce facteur dans *Miller*, p. 624-626, et dans *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, p. 634-635, comme elle l’a fait dans *May*, par. 70.

[48] Cinquièmement, comme je l’ai déjà mentionné, le caractère non discrétionnaire de l’*habeas corpus* et le fardeau de preuve afférent à ce recours jouent en faveur du demandeur.

[49] Tous ces facteurs nous portent à rejeter l’idée d’accepter une scission des compétences. L’histoire et la nature du recours, confirmées dans les décisions de notre Cour, permettent de conclure sans équivoque que l’existence d’une compétence concurrente est nécessaire pour garantir aux détenus un accès à la justice. Ainsi que l’ont affirmé les juges majoritaires dans l’arrêt *May*, « [l]a prompt attention judiciaire, dans laquelle les cours supérieures provinciales doivent tenir un rôle concurrent sinon prédominant, demeure nécessaire pour la protection des droits de la personne et des libertés civiles des prisonniers » (par. 72).

[50] La démarche que doit suivre la Cour à l’égard de la première question s’appuie sur les décisions examinées précédemment.

### C. *Portée de la révision*

[51] Essentiellement, en raison de la trilogie *Miller* et l’arrêt *May*, le détenu privé de sa liberté par l’effet d’une décision illégale d’un office fédéral

decision of a federal board, commission, or tribunal can apply to a provincial superior court for relief in the form of *habeas corpus*. What must now be done is to establish the scope of that court's review power.

[52] As I mentioned above, on an application for *habeas corpus*, the basic question before the court is whether or not the decision was lawful. Thus far, it is clear that a decision will not be lawful if the detention is not lawful, if the decision maker lacks jurisdiction to order the deprivation of liberty (see, for example, *R. v. J.P.G.* (2000), 130 O.A.C. 343), or if there has been a breach of procedural fairness (see *May, Miller and Cardinal*). However, given the flexibility and the importance of the writ, as well as the underlying reasons why the jurisdiction of the provincial superior courts is concurrent with that of the Federal Court, it is clear that a review for lawfulness will sometimes require an assessment of the decision's reasonableness.

[53] Including a reasonableness assessment in the scope of the review is consistent with this Court's case law. In particular, allowing provincial superior courts to assess reasonableness in the review follows logically from how this Court has framed the remedy and from the limits the courts have placed on the avenues through which the remedy can be obtained.

[54] This Court has recognized in its decisions that *habeas corpus* should develop over time to ensure that the law remains consistent with the remedy's underlying goals: no one should be deprived of their liberty without lawful authority. The significance of *habeas corpus* to those who have been deprived of their liberty means that it must be developed in a meaningful way (*Miller*, at pp. 640-41). In *May*, the Court quoted with approval the statement by Black J. of the United States Supreme Court that *habeas corpus* is "not now and never has been a static, narrow, formalistic remedy; its scope has grown to achieve its grand purpose — the protection of individuals against erosion of their right to be free from wrongful restraints upon their liberty" (*May*, at para. 21; *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962), at p. 243; see also the preface to

peut exercer devant la cour supérieure provinciale un recours de la nature de l'*habeas corpus*. Il faut maintenant déterminer la portée du pouvoir de révision de cette cour.

[52] Comme je l'ai déjà indiqué, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*, la question fondamentale consiste à savoir si la décision rendue était légale. Il est maintenant acquis qu'une décision ne sera pas légale si la détention est elle-même illégale, si le décideur n'a pas compétence pour ordonner la privation de liberté (voir, par exemple, *R. c. J.P.G.* (2000), 130 O.A.C. 343), ou s'il y a eu un manquement à l'équité procédurale (voir *May, Miller et Cardinal*). Cependant, en raison de la souplesse et de l'importance de ce bref, ainsi que des motifs justifiant la confirmation de la compétence concurrente de la cour supérieure provinciale et de la Cour fédérale, il est clair que la révision de la légalité exigera parfois l'examen du caractère raisonnable de la décision.

[53] La jurisprudence de notre Cour confirme que la révision peut comporter l'examen du caractère raisonnable de la décision. Plus particulièrement, la reconnaissance du pouvoir des cours supérieures provinciales d'examiner le caractère raisonnable de la décision découle logiquement de la façon dont notre Cour a défini le recours et des limites imposées par les tribunaux quant aux moyens d'obtenir ce recours.

[54] En effet, notre jurisprudence a reconnu que l'*habeas corpus* doit évoluer pour garantir que les objectifs sous-jacents du recours continuent à être respectés : nul ne devrait être privé de sa liberté sans que la loi l'autorise. L'importance que revêt l'*habeas corpus* pour les personnes qui ont été privées de leur liberté confirme qu'il doit évoluer d'une manière significative (*Miller*, p. 640-641). Dans l'arrêt *May*, notre Cour a cité et approuvé les propos du juge Black de la Cour suprême des États-Unis rappelant que l'*habeas corpus* n'est [TRADUCTION] « pas maintenant ni n'a jamais été un recours statique, étroit et formaliste; sa portée s'est élargie afin qu'il puisse remplir son premier objet — la protection des individus contre l'érosion de leur droit de ne pas voir imposer de restrictions abusives à leur liberté » (*May*, par. 21; *Jones c. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962),

R. J. Sharpe's *The Law of Habeas Corpus* (2nd ed. 1989)). This remedy is crucial to those whose residual liberty has been taken from them by the state, and this alone suffices to ensure that it is rarely subject to restrictions.

[55] This Court has been reluctant to place limits on the avenues through which an individual may apply for the remedy. As I mentioned above, the Court confirmed in *Miller* that *habeas corpus* will remain available to federal inmates in the superior courts regardless of the existence of other avenues for redress (pp. 640-41). Similarly, Wilson J. stated in *Gamble* that courts have not bound themselves, nor should they do so, to limited categories or definitions of review where the review concerns the subject's liberty (pp. 639-40). In *May*, the Court confirmed that there are in fact only two instances in which a provincial superior court should decline to hear a *habeas corpus* application: (1) where the *Peiroo* exception applies (that is, where the legislature has put in place a complete, comprehensive and expert procedure) (*Peiroo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (C.A.)), and (2) where a statute such as the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, confers jurisdiction on a court of appeal to correct errors of a lower court and release the applicant if need be (*May*, at paras. 44 and 50). Reviews of decisions of correctional authorities for reasonableness do not fall into either of these exceptions, and in accordance with *May*, they therefore can and should be considered by a provincial superior court.

[56] Many of the same principles which weighed in favour of concurrent jurisdiction in *May* apply to the determination of the scope of a provincial superior court's review power. First, each applicant should be entitled to choose his or her avenue of relief. If a court hearing a *habeas corpus* application cannot review the reasonableness of the underlying decision, then a prisoner who has been deprived of his or her liberty as a result of an unreasonable decision does not have a choice of avenues through

p. 243; voir aussi la préface de l'ouvrage de R. J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus* (2<sup>e</sup> éd. 1989)). Ce recours est essentiel aux personnes privées par l'État de leur liberté résiduelle — cette raison suffit en soi pour que l'on veille à ce que le recours soit rarement restreint.

[55] Notre Cour s'est montrée réticente à imposer des restrictions aux différentes voies par lesquels un individu peut avoir accès au recours. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'arrêt *Miller* a confirmé que les détenus fédéraux pourront continuer de se prévaloir du recours en *habeas corpus* devant les cours supérieures, peu importe qu'il existe d'autres voies de recours (p. 640-641). De même, dans *Gamble*, la juge Wilson a souligné que les tribunaux ne se sont pas enfermés, et ne devraient pas s'enfermer, dans des catégories ou des définitions limitées du pouvoir de contrôle judiciaire lorsque la liberté du sujet est en cause (p. 639-640). Dans *May*, notre Cour a confirmé qu'en fait, il n'existe que deux situations où une cour supérieure provinciale devrait refuser d'entendre une demande d'*habeas corpus* : (1) l'exception établie par l'arrêt *Peiroo* s'applique (le législateur a mis en place une procédure d'examen complet, exhaustif et spécialisé) (*Peiroo c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (C.A.)), et (2) lorsqu'une loi comme le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, investit une cour d'appel de la compétence de corriger les erreurs d'un tribunal inférieur et de mettre le demandeur en liberté au besoin (*May*, par. 44 et 50). Ni l'une ni l'autre de ces exceptions n'exclut l'examen du caractère raisonnable des décisions des autorités correctionnelles. En conséquence, conformément à l'arrêt *May*, ces décisions peuvent et devraient être examinées par une cour supérieure provinciale.

[56] Plusieurs des principes qui favorisaient la reconnaissance de la compétence concurrente dans l'arrêt *May* entrent en jeu lorsqu'il faut déterminer la portée du pouvoir de révision d'une cour supérieure provinciale. Premièrement, chaque demandeur devrait pouvoir choisir son recours. Si l'audition d'une demande d'*habeas corpus* ne permet pas l'examen du caractère raisonnable de la décision sous-jacente, le prisonnier privé de sa liberté en raison d'une décision déraisonnable ne peut plus

which to obtain redress but must apply to the Federal Court.

[57] Second, there is no reason to assume that the Federal Court is more expert than the superior courts in determining whether a deprivation of liberty is lawful. While it is true that the Federal Court may regularly be asked to determine whether decisions regarding a “mere loss of privileges” are reasonable, when a loss of liberty is involved, the superior courts are well versed in the *Charter* rights that apply when an inmate is transferred to a higher security facility (ss. 7 and 9).

[58] Third, if inmates are not able to obtain review of their potentially unreasonable loss of liberty under an application for *habeas corpus*, they will have to wade through the lengthy grievance procedure available under the statute in order to have their concerns heard. If, for example, an inmate has lost his or her liberty as a result of a decision that was made on the basis of irrelevant evidence or was completely unsupported by the evidence, he or she is entitled to apply for and obtain a speedy remedy.

[59] In the instant case, the appellants have filed an affidavit suggesting that *habeas corpus* proceedings are becoming increasingly time-consuming as superior court judges review the records of prison decision makers. There is a difficulty, however, with accepting this affidavit as convincing evidence that a *habeas corpus* application in a superior court no longer provides quicker relief than an application for judicial review in the Federal Court. Although the affidavit outlines how long it has taken to obtain decisions on *habeas corpus* applications in *certain* circumstances, it does not compare this with the length of time it takes to obtain decisions from the Federal Court on applications for judicial review in similar circumstances.

[60] The case at bar itself provides compelling evidence against the proposition advanced in the appellants’ affidavit. Mr. Khela, after receiving

choisir le recours qui lui permettra d’obtenir une réparation; il doit s’adresser à la Cour fédérale.

[57] Deuxièmement, rien ne permet de supposer que l’expertise de la Cour fédérale est plus grande que celle d’une cour supérieure lorsqu’il s’agit d’examiner la légalité d’une privation de liberté. Bien que la Cour fédérale puisse couramment être appelée à décider si une décision concernant une « simple perte de privilèges » est raisonnable, dans le cas d’une privation de liberté, les cours supérieures connaissent bien les droits garantis par la *Charte* qui s’appliquent lorsqu’un détenu est transféré à un établissement à sécurité plus élevé (art. 7 et 9).

[58] Troisièmement, si le détenu ne peut obtenir, au moyen d’une demande d’*habeas corpus*, la révision de la décision possiblement déraisonnable le privant de sa liberté, il devra épuiser l’ensemble de la longue procédure de règlement de griefs prévue dans la loi pour faire entendre ses réclamations. Si, par exemple, le détenu a été privé de sa liberté parce qu’une décision était fondée sur une preuve non pertinente, ou parce que aucune preuve ne l’appuyait, il peut présenter une demande et obtenir une réparation rapidement.

[59] En l’espèce, les appelants ont déposé un affidavit qui affirme que les procédures d’*habeas corpus* deviennent de plus en plus longues puisque les juges des cours supérieures doivent examiner les dossiers des autorités carcérales qui ont pris les décisions. Il s’avère toutefois difficile de considérer cet affidavit comme une preuve convaincante que la demande d’*habeas corpus* présentée à une cour supérieure ne permet plus d’obtenir une réparation plus rapidement que dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire. L’affidavit indique le temps nécessaire dans *certaines* circonstances pour obtenir une décision dans le cadre de demandes d’*habeas corpus*, mais il ne compare pas ces délais aux délais requis pour présenter à la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire et obtenir une décision dans des circonstances semblables.

[60] En l’espèce, des éléments de preuve déposés dans le présent dossier contredisent de manière convaincante les prétentions soutenues par les

the final decision with respect to his transfer on March 15, 2010, filed a notice of application in the British Columbia Supreme Court on April 27, 2010. The notice stated that the application would be made on May 11, 2010. A decision was rendered only ten days later by Bruce J. of that court.

[61] Moreover, the affidavit failed to take into account the structure of the grievance procedure provided for in the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620 (“CCRR”). Mr. Khela could not have challenged the decision in the Federal Court for want of procedural fairness and for unreasonableness without first going through an internal review process required by the statutory scheme. According to the statutory scheme, Mr. Khela would have had to submit a complaint. According to *Commissioner’s Directive 081*, “Offender Complaints and Grievances”, such complaints have multiple levels. The Directive indicates that grievors who are dissatisfied with the “decision rendered at the final level . . . may seek judicial review of the decision at the Federal Court” (s. 15 (emphasis added)). However, even if an inmate’s complaint is designated as a high priority, it can take as long as 90 days after the complaint was made before the inmate receives the final decision. Mr. Khela would not have been able to apply for judicial review until after he had received a decision at that level. Given the structure of this grievance procedure, an application for *habeas corpus* in a provincial superior court remains the more timely remedy.

[62] The appellants argue to allow the provincial superior courts to review CSC transfer decisions for reasonableness would lengthen the duration of applications, increase their cost and cause a shift in the allocation of judicial resources. However, as Wilson J. stated in *Gamble*, “[r]elief in the form of *habeas corpus* should not be withheld for reasons of mere convenience” (p. 635).

appelants dans leur affidavit. En effet, après avoir reçu le 15 mars 2010 la décision définitive relative à son transfèrement, M. Khela a déposé un avis de demande devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique le 27 avril 2010. L’avis indiquait que la demande serait présentée le 11 mai 2010. La juge Bruce de cette cour a rendu une décision seulement dix jours plus tard.

[61] De plus, dans leur affidavit, les appelants ne tiennent pas compte de la structure de la procédure de règlement de griefs prévue au *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620 (« RSCMLC »). Monsieur Khela n’aurait pu contester devant la Cour fédérale la décision au motif d’une violation du principe de l’équité procédurale et de son caractère déraisonnable sans d’abord se soumettre au processus d’examen interne que prescrit le régime législatif. Selon le régime prévu par la loi, il aurait fallu que M. Khela dépose une plainte. Et selon la *Directive du commissaire 081*, « Plaintes et griefs des délinquants », la procédure de traitement d’une telle plainte comprend plusieurs paliers. La directive indique que le plaignant qui n’est pas satisfait de « la décision finale rendue au palier final [. . .] peut soumettre une demande de révision judiciaire à la Cour fédérale » (art. 15 (je souligne)). Cependant, même si sa plainte est jugée prioritaire, le détenu pourrait devoir attendre jusqu’à 90 jours après la formulation de sa plainte pour obtenir la décision finale. Monsieur Khela n’aurait pu déposer une demande de contrôle judiciaire qu’après avoir obtenu cette décision. Compte tenu des modalités de cette procédure de règlement de griefs, la présentation d’une demande d’*habeas corpus* devant une cour supérieure provinciale reste le recours le plus rapidement accessible.

[62] Les appelants plaident que la révision du caractère raisonnable des décisions de transfèrement du SCC par une cour supérieure provinciale augmenterait la durée et le coût des instances, et modifierait l’attribution des ressources judiciaires. Cependant, comme la juge Wilson l’a expliqué dans *Gamble*, « [l]e redressement sous la forme d’un *habeas corpus* ne devrait pas être refusé pour de simples raisons de commodité » (p. 635).

[63] Fourth, the fact that inmates have local access to relief in the form of *habeas corpus* also weighs in favour of including a review for reasonableness. In *May*, this Court noted that “it would be unfair if federal prisoners did not have the same access to *habeas corpus* as do provincial prisoners” (para. 70). If the appellants’ position were accepted, whereas provincial prisoners can apply to their provincial superior court for *habeas corpus* on procedural or jurisdictional grounds while also having that same court review the decision which resulted in their loss of liberty for reasonableness on an application for judicial review (see, for example, *Libo-on v. Alberta (Fort Saskatchewan Correctional Centre)*, 2004 ABQB 416, 32 Alta. L.R. (4th) 128, at para. 1), federal inmates would be required to apply to two different courts for redress flowing from a single impugned decision with the exact same record. It seems inconsistent to force the latter to do so solely because they are in federal prisons.

[64] Fifth, the non-discretionary nature of *habeas corpus* and the traditional onus on an application for that remedy favour an inmate who claims to have been unlawfully deprived of his or her liberty. If the inmate were forced to apply to the Federal Court to determine whether the deprivation was unreasonable, the remedy would be a discretionary one. Further, on an application for judicial review, the onus would be on the applicant to show that the transfer decision was unreasonable. As Farbey, Sharpe and Atrill state, “[i]t would be wrong . . . to deny [the benefits of the writ] by forcing the applicant to pursue some alternative remedy” (p. 54).

[65] Ultimately, weighing these factors together leads to the conclusion that allowing a provincial superior court to conduct a review for reasonableness in deciding an application for *habeas corpus* would lead to greater access to a more effective remedy. Reasonableness should therefore be regarded as one element of lawfulness.

[63] Quatrièmement, le fait que les détenus aient accès dans leur région au recours en *habeas corpus* milite aussi en faveur de l’inclusion d’un examen du caractère raisonnable de la décision. Dans *May*, notre Cour a fait remarquer qu’il « serait injuste que les prisonniers incarcérés dans des établissements fédéraux ne jouissent pas du même accès au recours en *habeas corpus* que les détenus des établissements provinciaux » (par. 70). Si nous acceptions l’argument des appelants, les prisonniers provinciaux pourraient présenter une demande d’*habeas corpus* à la cour supérieure provinciale de leur région pour des motifs liés à la procédure ou à la compétence, et cette même cour pourrait déterminer, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, si la décision qui a eu pour effet de les priver de leur liberté est raisonnable (voir, par exemple, *Libo-on c. Alberta (Fort Saskatchewan Correctional Centre)*, 2004 ABQB 416, 32 Alta. L.R. (4th) 128, par. 1). Cependant, les détenus fédéraux devraient s’adresser à deux différents tribunaux pour obtenir réparation à l’égard de la même décision contestée présentant exactement le même dossier. Une telle politique serait dépourvue de toute cohérence.

[64] Cinquièmement, la nature non discrétionnaire de l’*habeas corpus* et la répartition des fardeaux de preuve lors de l’exercice de ce recours devaient favoriser le détenu qui prétend avoir été illégalement privé de sa liberté. En effet, si le détenu devait s’adresser à la Cour fédérale pour déterminer si la privation de sa liberté était déraisonnable, le recours resterait discrétionnaire. De plus, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, il incomberait au demandeur de démontrer que la décision de le transférer était déraisonnable. Comme Farbey, Sharpe et Atrill l’ont affirmé, [TRADUCTION] « [i]l serait erroné [. . .] de priver le demandeur [des avantages de l’*habeas corpus*] en l’obligeant à exercer un autre recours » (p. 54).

[65] En définitive, lorsque nous soupesons l’ensemble de ces facteurs, nous devons conclure que le fait de permettre à une cour supérieure provinciale d’examiner le caractère raisonnable de la décision dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus* revient à donner un meilleur accès à un recours plus efficace. Le caractère raisonnable de la décision devrait alors être considéré comme un élément du contrôle de la légalité.



[66] Whether a decision is “lawful” cannot relate to jurisdiction alone. The appellants suggest that a review on a *habeas corpus* application is “limited to an analysis of whether there is jurisdiction to make a decision”, as opposed to a review of the reasonableness of the underlying decision. For this proposition, the appellants rely on Le Dain J.’s conclusions in *Miller* (1) that *certiorari* in aid cannot be employed to convert an application for *habeas corpus* into an appeal on the merits (p. 632), and (2) that an application for *habeas corpus* addresses issues going to jurisdiction rather than issues going to the merits (p. 630). However, the appellants misread the context of Le Dain J.’s comments, which were made in reference to the earlier cases of *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 431, *Re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140, and *Re Trepanier* (1885), 12 S.C.R. 111. Le Dain J. was simply echoing earlier decisions in which this Court had held that *habeas corpus* is not to be used to appeal a *conviction*. Thus, he was saying in that case what the Court subsequently clarified in *May*, namely that “provincial superior courts should decline *habeas corpus* jurisdiction . . . where . . . a statute such as the *Criminal Code* . . . confers jurisdiction on a court of appeal to correct the errors of a lower court and release the applicant if need be” (para. 50). This cannot be interpreted as a statement that a provincial superior court may not rule on the reasonableness of an administrative decision in the context of an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid.

[67] Nor does *May* prohibit a provincial superior court from examining the reasonableness of an underlying transfer decision in the context of an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid. In *May*, this Court confirmed that “[a] deprivation of liberty will only be lawful where it is within the jurisdiction of the decision-maker” (para. 77). This cannot be read as a signal that *only* decisions outside the decision maker’s jurisdiction will be unlawful.

[66] La détermination du caractère légal d’une décision ne peut s’arrêter au seul examen de la compétence. Les appelants prétendent qu’un examen par voie d’*habeas corpus* [TRADUCTION] « se limite à une analyse de la question de savoir si la cour a compétence pour rendre une décision », par opposition à un examen du caractère raisonnable de la décision sous-jacente. Ils invoquent à cet égard les conclusions du juge Le Dain dans l’arrêt *Miller* selon lesquelles (1) le *certiorari* auxiliaire ne peut avoir pour effet de transformer une demande d’*habeas corpus* en un appel sur le fond (p. 632) et (2) la demande d’*habeas corpus* porte sur des questions de compétence plutôt que sur des questions de fond (p. 630). Les appelants ont toutefois mal interprété le contexte des observations du juge Le Dain, qui ont été formulées à l’égard des arrêts antérieurs *Goldhar c. The Queen*, [1960] R.C.S. 431, *Re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140, et *Re Trepanier* (1885), 12 R.C.S. 111. Le juge Le Dain rappelait simplement le contenu de décisions antérieures dans lesquelles notre Cour avait confirmé que l’*habeas corpus* ne doit pas être utilisé pour interjeter appel d’une *déclaration de culpabilité*. Ainsi, le juge Le Dain confirmait dans cette affaire ce qui a plus tard été précisé dans l’arrêt *May*, soit que « les cours supérieures provinciales [. . .] devraient décliner compétence en matière d’*habeas corpus* [. . .] lorsqu’une loi comme le *Code criminel* [. . .] investit une cour d’appel de la compétence de corriger les erreurs d’un tribunal inférieur et de libérer le demandeur au besoin » (par. 50). Ces propos ne signifient pas qu’une cour supérieure provinciale ne peut pas se prononcer sur le caractère raisonnable d’une décision administrative lorsqu’elle est saisie d’une demande d’*habeas corpus* assorti d’un *certiorari* auxiliaire.

[67] L’arrêt *May* n’empêche pas non plus une cour supérieure provinciale d’examiner le caractère raisonnable d’une décision de transférer sous-jacente lorsqu’elle est saisie d’une demande d’*habeas corpus* assorti d’un *certiorari* auxiliaire. Dans cet arrêt, notre Cour a confirmé que « [l]a privation de liberté n’est légale que si elle relève de la compétence du décideur » (par. 77). Il ne faut pas interpréter ces propos comme signifiant que

On the contrary, it simply means that jurisdiction is one requirement to be met for a decision to be lawful. On its own, however, this requirement is not sufficient to make a decision lawful. A decision that is within the decision maker's jurisdiction but that lacks the safeguards of procedural fairness will not be lawful. Likewise, a decision that lacks an evidentiary foundation or that is arbitrary or unreasonable cannot be lawful, regardless of whether the decision maker had jurisdiction to make it.

[68] It is true that there is a line of United Kingdom cases that suggests that a decision is unlawful only if it is outside the decision maker's jurisdiction. In *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Cheblak*, [1991] 2 All E.R. 319, for example, Lord Donaldson of the Court of Appeal stated:

*A writ of habeas corpus* will issue where someone is detained without any authority or the purported authority is beyond the powers of the person authorising the detention and so is unlawful. *The remedy of judicial review* is available where the decision or action sought to be impugned is within the powers of the person taking it but, due to procedural error, a misappreciation of the law, a failure to take account of relevant matters, a taking account of irrelevant matters or the fundamental unreasonableness of the decision or action, it should never have been taken. In such a case the decision or action is lawful, unless and until it is set aside by a court of competent jurisdiction. [Emphasis in original; pp. 322-23.]

Lord Donaldson subsequently clarified this statement in *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Muboyayi*, [1992] 1 Q.B. 244 (C.A.), holding that a claim for *habeas corpus* should be denied because

there was no challenge to jurisdiction, but only to a prior underlying administrative decision. This is a quite different challenge and, unless and until it succeeds, there are no grounds for impugning the legality of his detention. [p. 255]

*seules* les décisions ne relevant pas de la compétence du décideur seront illégales. Bien au contraire, le passage tiré de l'arrêt *May* signifie simplement que l'existence de la compétence constitue une condition nécessaire à la légalité d'une décision. Cependant, le respect de cette condition ne suffit pas en soi pour qu'une décision soit légale. Ainsi, une décision qui relève de la compétence du décideur, mais qui n'offre pas les garanties d'équité procédurale, ne sera pas légale. De même, une décision qui n'est pas étayée par la preuve, ou qui est arbitraire ou déraisonnable, ne peut pas être légale, peu importe si elle relevait ou non de la compétence du décideur.

[68] Certes, selon un courant jurisprudentiel au Royaume-Uni, une décision n'est illégale que si elle ne relève pas de la compétence du décideur. Par exemple, dans *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Cheblak*, [1991] 2 All E.R. 319, lord Donaldson de la Cour d'appel a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] *Un bref d'habeas corpus* est décerné lorsqu'une personne est détenue sans autorisation ou quand l'autorisation outrepassé les pouvoirs de la personne ayant permis la détention et est, par conséquent, illégale. *Le recours au contrôle judiciaire* est admis lorsque la décision ou la mesure contestée relève des pouvoirs du décideur, mais qu'en raison d'une erreur procédurale, d'une mauvaise interprétation du droit, d'un défaut de tenir compte des facteurs pertinents, de la prise en compte de facteurs non pertinents ou du caractère fondamentalement déraisonnable de la décision ou de la mesure, elle n'aurait jamais dû être prise. Dans un tel cas, la décision ou la mesure est légale tant qu'elle n'est pas annulée par un tribunal compétent. [Italiques dans l'original; p. 322-323.]

Lord Donaldson a plus tard clarifié cet énoncé dans l'affaire *R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Muboyayi*, [1992] 1 Q.B. 244 (C.A.), où il a statué qu'une demande d'*habeas corpus* devrait être rejetée pour la raison suivante :

[TRADUCTION] . . . ce n'est pas la compétence qui a été contestée mais seulement une décision administrative sous-jacente antérieure. Il s'agit là d'une contestation bien différente et, tant qu'elle n'est pas accueillie, il n'existe aucune raison de contester la légalité de la détention. [p. 255]

In other words, a decision cannot be unlawful for reasons other than jurisdiction unless it is deemed unlawful by a “proper” reviewing court (Farbey, Sharpe and Atrill, at p. 58).

[69] These decisions do not reflect the state of the law in Canada. First, if the *Cheblak/Muboyayi* line of cases were accepted in Canada, it would result in the bifurcated jurisdiction this Court explicitly rejected both in the *Miller* trilogy and in *May* (*May*, at para. 72; *Miller*, at pp. 624-26). Second, the conclusion that jurisdictional error alone is determinative of “lawfulness” contradicts a higher line of authority from the United Kingdom (see, for example, *R. v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Armah*, [1968] A.C. 192 (H.L.); *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Khawaja*, [1984] 1 A.C. 74 (H.L.); for further criticism of the *Cheblak/Muboyayi* line of cases see H. W. R. Wade, “Habeas Corpus and Judicial Review” (1997), 113 *L.Q.R.* 55, and Farbey, Sharpe and Atrill, at pp. 56-63).

[70] Finally, requiring inmates to challenge the reasonableness of a CSC transfer decision in the Federal Court could also result in a waste of judicial resources. For example, an inmate may take issue with both the process and the reasonableness of such a decision. Were we to accept the appellants’ position, it would be possible for the inmate to first challenge that decision for want of procedural fairness by applying for *habeas corpus* with *certiorari* in aid in a provincial superior court and then, should that application fail, challenge the reasonableness of the same decision by seeking *certiorari* in the Federal Court. This bifurcation makes little sense given that *certiorari* in aid is available, and it would undoubtedly lead to a duplication of proceedings and have a negative impact on judicial economy.

Autrement dit, une décision ne peut pas être considérée illégale pour des motifs autres que la compétence tant qu’une cour de révision « appropriée » ne l’a pas déclarée illégale (Farbey, Sharpe et Atrill, p. 58).

[69] Ces décisions ne reflètent pas l’état du droit canadien. Premièrement, l’introduction au Canada du courant jurisprudentiel découlant des affaires *Cheblak* et *Muboyayi* aurait pour effet de scinder la compétence, ce que notre Cour a expressément rejeté dans *May* et dans la trilogie *Miller* (*May*, par. 72; *Miller*, p. 624-626). Deuxièmement, la conclusion selon laquelle seule une erreur de compétence est déterminante quant à la « légalité » est contraire aux décisions de l’autorité supérieure au Royaume-Uni (voir, par exemple, *R. c. Governor of Brixton Prison, Ex parte Armah*, [1968] A.C. 192 (H.L.); *R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Khawaja*, [1984] 1 A.C. 74 (H.L.); pour d’autres critiques de la série de décisions découlant des affaires *Cheblak* et *Muboyayi*, voir H. W. R. Wade, « Habeas Corpus and Judicial Review » (1997), 113 *L.Q.R.* 55, et Farbey, Sharpe et Atrill, p. 56-63).

[70] Enfin, obliger les détenus à contester devant la Cour fédérale le caractère raisonnable d’une décision du SCC de transférer un détenu pourrait aussi conduire à un gaspillage des ressources judiciaires. Par exemple, un détenu pourrait contester le processus suivi pour rendre une décision et le caractère raisonnable de celle-ci. Si nous acceptons la position des appelants, un détenu pourrait d’abord contester cette décision pour des motifs d’équité procédurale en présentant à la cour supérieure provinciale une demande d’*habeas corpus* assorti d’un *certiorari* auxiliaire. En cas de rejet de cette demande, le détenu pourrait alors contester le caractère raisonnable de la même décision en sollicitant la délivrance d’un bref de *certiorari* devant la Cour fédérale. Compte tenu de la possibilité d’obtenir un *certiorari* auxiliaire, une telle scission des recours serait illogique, causerait sans doute un dédoublement des procédures et aurait une incidence négative sur l’économie des ressources judiciaires.

[71] In an earlier article, Robert Sharpe had written that “the scope of review on *habeas corpus* depends upon the material which may be looked at by the court” (R. J. Sharpe, “Habeas Corpus in Canada” (1976), 2 *Dal. L.J.* 241, at p. 262; Chiasson J.A., at para. 72). If this is correct, which I believe it is, and the scope of the review is inextricably related to the material before the reviewing court, it is only logical on an application for *habeas corpus* to include an assessment of reasonableness in a review for lawfulness. Given that it is now well settled that on an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid the court will have before it “the complete record of inferior proceedings”, the court has the power to review that record to ensure that the record supports the decision (Farbey, Sharpe and Atrill, at pp. 45-46). This will also aid in the conservation of scarce judicial resources.

[72] The above reasoning leads to the conclusion that an inmate may challenge the reasonableness of his or her deprivation of liberty by means of an application for *habeas corpus*. Ultimately, then, where a deprivation of liberty results from a federal administrative decision, that decision can be subject to either of two forms of review, and the inmate may choose the forum he or she prefers. An inmate can choose either to challenge the reasonableness of the decision by applying for judicial review under s. 18 of the *FCA* or to have the decision reviewed for reasonableness by means of an application for *habeas corpus*. “Reasonableness” is therefore a “legitimate ground” upon which to question the legality of a deprivation of liberty in an application for *habeas corpus*.

[73] A transfer decision that does not fall within the “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” will be unlawful (*Dunsmuir*, at para. 47). Similarly, a decision that lacks “justification, transparency and intelligibility” will be unlawful (*ibid.*). For it to be lawful, the reasons for and record of the decision must “in fact or in principle support the conclusion reached” (*Newfoundland and Labrador Nurses’*

[71] Dans un article antérieur, Robert Sharpe avait écrit que [TRADUCTION] « la portée de l’examen dans le cadre d’un *habeas corpus* dépend des documents que renferme le dossier soumis à la cour » (R. J. Sharpe, « Habeas Corpus in Canada » (1976), 2 *Dal. L.J.* 241, p. 262; le juge Chiasson, par. 72). Si, comme je le crois, cette affirmation est juste, et si la portée de l’examen est inextricablement liée aux documents dont dispose la cour de révision, il est tout à fait logique d’inclure dans l’examen de la légalité, lors de la demande d’*habeas corpus*, une appréciation du caractère raisonnable de la décision. En effet, il est maintenant bien établi que, puisque la cour dispose, dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus* assorti d’un *certiorari* auxiliaire, [TRADUCTION] « du dossier intégral des instances inférieures » elle peut examiner ce dossier pour s’assurer qu’il appuie la décision (Farbey, Sharpe et Atrill, p. 45-46). Cela permettra aussi de préserver les ressources judiciaires limitées.

[72] Le raisonnement qui précède mène à la conclusion qu’un détenu peut contester le caractère raisonnable de sa privation de liberté par voie d’*habeas corpus*. Ainsi, lorsque la privation de liberté découle d’une décision administrative fédérale, cette décision peut faire l’objet de l’une ou l’autre des deux formes de contrôle, et il appartient au détenu de choisir celle qu’il préfère. Le détenu peut opter pour la contestation du caractère raisonnable de la décision par voie de contrôle judiciaire fondé sur l’art. 18 de la *LCF*. Il peut aussi, par une demande d’*habeas corpus*, obtenir l’examen du caractère raisonnable de la décision. Le « caractère raisonnable » constitue donc un « doute [valablement soulevé] » quant à la légalité de la privation de liberté dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus*.

[73] Le transfèrement sera illégal s’il ne fait pas partie des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47). Il en sera de même pour une décision dénuée « [de] justification, [de] transparence et [d’]intelligibilité » (*ibid.*). La décision sera légale si les motifs et le dossier de la décision « étayant, effectivement ou en principe, la conclusion » (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c.*

*Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 12, quoting with approval D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 304).

[74] As things stand, a decision will be unreasonable, and therefore unlawful, if an inmate’s liberty interests are sacrificed absent any evidence or on the basis of unreliable or irrelevant evidence, or evidence that cannot support the conclusion, although I do not foreclose the possibility that it may also be unreasonable on other grounds. Deference will be shown to a determination that evidence is reliable, but the authorities will nonetheless have to explain that determination.

[75] A review to determine whether a decision was reasonable, and therefore lawful, necessarily requires deference (*Dunsmuir*, at para. 47; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59; *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union*, at paras. 11-12). An involuntary transfer decision is nonetheless an administrative decision made by a decision maker with expertise in the environment of a particular penitentiary. To apply any standard other than reasonableness in reviewing such a decision could well lead to the micromanagement of prisons by the courts.

[76] Like the decision at issue in *Lake*, a transfer decision requires a “fact-driven inquiry involving the weighing of various factors and possessing a ‘negligible legal dimension’” (*Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at paras. 38 and 41). The statute outlines a number of factors to which a warden must adhere when transferring an inmate: the inmate must be placed in the least restrictive environment that will still assure the safety of the public, penitentiary staff and other inmates, should have access to his or her home community, and should be transferred to a compatible cultural and linguistic environment (s. 28 *CCRA*). Determining whether an inmate poses a threat to

*Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 12, citant avec approbation D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 304).

[74] À l’heure actuelle, une décision est considérée comme déraisonnable et, partant, illégale, si les droits à la liberté d’un détenu sont sacrifiés en l’absence de toute preuve, sur la foi d’une preuve non fiable, d’une preuve non pertinente ou d’une preuve qui n’étaye pas la conclusion, même si je n’exclus pas la possibilité qu’elle puisse également être déraisonnable pour d’autres motifs. La décision sur la fiabilité de la preuve exige de la déférence à l’égard du décideur, mais les autorités doivent tout de même expliquer en quoi la preuve offerte est digne de foi.

[75] Un examen visant à déterminer si une décision est raisonnable et, par conséquent, légale, appelle nécessairement la déférence (*Dunsmuir*, par. 47; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59; *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union*, par. 11-12). En effet, une décision ordonnant un transfèrement non sollicité est néanmoins une décision administrative prise par un décideur possédant une expertise relative à un pénitencier en particulier. Examiner cette décision selon une norme autre que la norme de la décision raisonnable pourrait bien entraîner une microgestion des prisons par les tribunaux.

[76] La décision ordonnant un transfèrement, tout comme la décision faisant l’objet de l’arrêt *Lake*, « tient en grande partie aux faits, et le [décideur] doit soupeser divers facteurs dont l’“aspect juridique est négligeable” » (*Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 38 et 41). La loi énonce un certain nombre de facteurs dont doivent tenir compte les directeurs lorsqu’ils procèdent à un transfèrement : les détenus doivent être placés dans un établissement dont le niveau de sécurité est le moins restrictif nécessaire pour assurer la sécurité du public, du personnel et des autres détenus; ils devraient avoir accès à la collectivité à laquelle ils appartiennent

the security of the penitentiary or of the individuals who live and work in it requires intimate knowledge of that penitentiary's culture and of the behaviour of the individuals inside its walls. Wardens and the Commissioner possess this knowledge, and related practical experience, to a greater degree than a provincial superior court judge.

[77] The intervener the BCCLA argues that the application of a standard of review of reasonableness should not change the basic structure or benefits of the writ. I agree. First, the traditional onuses associated with the writ will remain unchanged. Once the inmate has demonstrated that there was a deprivation of liberty and casts doubt on the reasonableness of the deprivation, the onus shifts to the respondent authorities to prove that the transfer was reasonable in light of all the circumstances.

[78] Second, the writ remains non-discretionary as far as the decision to review the case is concerned. If the applicant raises a legitimate doubt as to the reasonableness of the detention, the provincial superior court judge is required to examine the substance of the decision and determine whether the evidence presented by the detaining authorities is reliable and supports their decision. Unlike the Federal Court in the context of an application for judicial review, a provincial superior court hearing a *habeas corpus* application has no inherent discretion to refuse to review the case (see Farbey, Sharpe and Atrill, at pp. 52-56). However, a residual discretion will come into play at the second stage of the *habeas corpus* proceeding, at which the judge, after reviewing the record, must decide whether to discharge the applicant.

[79] Third, the ability to challenge a decision on the basis that it is unreasonable does not necessarily change the standard of review that applies to other

et à leur famille, et ils devraient être transférés dans un milieu culturel et linguistique compatible (*LSCMLC*, art. 28). Pour déterminer si un détenu constitue une menace pour la sécurité du pénitencier ou pour les personnes qui y vivent et y travaillent, il faut une connaissance approfondie de la culture du pénitencier et du comportement des personnes qui s'y trouvent. Les directeurs et le commissaire possèdent, plus que les juges des cours supérieures provinciales, cette connaissance approfondie et l'expérience pratique connexe.

[77] L'intervenante ALCCB prétend que l'application de la norme de la décision raisonnable ne devrait pas avoir pour effet de modifier la structure fondamentale ou les avantages du bref. Je suis d'accord. Premièrement, les fardeaux de preuve habituels associés au bref continueront de s'appliquer. Une fois que le détenu a démontré qu'il a été privé de sa liberté et qu'il soulève un doute quant au caractère raisonnable de la privation, le fardeau de la preuve se déplace et impose aux autorités intimées de prouver que le transfèrement était raisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances.

[78] Deuxièmement, l'*habeas corpus* demeure non discrétionnaire en ce qui concerne la décision de réviser le dossier. Lorsque le demandeur soulève valablement un doute quant au caractère raisonnable de sa détention, le juge de la cour supérieure provinciale est tenu d'examiner la décision au fond et de déterminer si les autorités chargées de la détention ont présenté des éléments de preuve fiables qui étayaient leur conclusion. Contrairement à la Cour fédérale lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la cour supérieure provinciale qui entend une demande d'*habeas corpus* n'a pas le pouvoir discrétionnaire inhérent de refuser d'examiner l'affaire (voir Farbey, Sharpe et Atrill, p. 52-56). Toutefois, un pouvoir discrétionnaire résiduel entre en jeu à la deuxième étape de la procédure d'*habeas corpus* lorsque, après examen du dossier, le juge doit décider s'il y a lieu de libérer le demandeur.

[79] Troisièmement, la possibilité de contester une décision au motif qu'elle est déraisonnable ne change pas nécessairement la norme de révision

flaws in the decision or in the decision-making process. For instance, the standard for determining whether the decision maker complied with the duty of procedural fairness will continue to be “correctness”.

[80] It will not be necessary to determine whether the decision made by the Warden in the instant case was unlawful on the basis of unreasonableness. As I will explain below, the decision was unlawful because it was procedurally unfair.

#### D. *Discipline and Disclosure*

[81] Section 29 of the *CCRA* authorizes inmate transfers, and ss. 5(1)(b) and 13 of the *CCRR* outline how this authority is exercised where an immediate transfer is necessary. Section 29 of the *CCRA* provides that the Commissioner may authorize the transfer of an inmate from one penitentiary to another in accordance with the regulations on condition that the penitentiary to which the inmate is transferred provides him or her with an environment that contains only the necessary restrictions, taking into account the safety of the public and persons in the penitentiary, and the security of the penitentiary (ss. 28 and 29). According to s. 13(2)(a) of the *CCRR*, if the Commissioner or a designated staff member determines that an inmate must be transferred immediately on an emergency and involuntary basis, the inmate is nonetheless entitled to make representations regarding the transfer. Section 27(1) of the *CCRA* provides that where an inmate is entitled by the regulations to make such representations, the decision maker must give him or her “all the information” to be considered in taking a final decision regarding the transfer, subject only to s. 27(3). Even inmates transferred on an emergency and involuntary basis are therefore entitled to all the information considered in the Warden’s decision-making process, or a summary thereof, except where s. 27(3) applies. The requirement that the inmate be provided with “all the information” can be satisfied by providing him or her with a summary of the information.

[82] As this Court put it in *Cardinal*, one of the cases in the *Miller* trilogy, “there is, as a general common law principle, a duty of procedural

applicable aux autres lacunes de la décision ou du processus décisionnel. Par exemple, la norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l’équité procédurale sera toujours celle de la « décision correcte ».

[80] Il n’est pas nécessaire de savoir si la décision qu’a prise la directrice dans la présente affaire était illégale parce qu’elle était déraisonnable. Comme je l’expliquerai plus loin, la décision était illégale parce qu’elle était inéquitable sur le plan procédural.

#### D. *Mesure disciplinaire et communication*

[81] L’article 29 de la *LSCMLC* autorise les transfèrements, et l’al. 5(1)(b) et l’art. 13 du *RSCMLC* indiquent la façon dont ce pouvoir est exercé lorsqu’un transfèrement immédiat s’impose. Selon l’art. 29 de la *LSCMLC*, le commissaire peut autoriser le transfèrement d’un détenu d’un pénitencier à un autre conformément aux règlements pourvu que le pénitencier où le détenu est transféré constitue un milieu où seules existent les restrictions nécessaires, compte tenu de la sécurité du public, du pénitencier et des personnes qui s’y trouvent (art. 28 et 29). Suivant l’al. 13(2)(a) du *RSCMLC*, lorsque le commissaire ou l’agent désigné conclut qu’un détenu doit faire l’objet d’un transfèrement immédiat d’urgence non sollicité, ce dernier peut tout de même présenter des observations au sujet du transfèrement. Aux termes du par. 27(1) de la *LSCMLC*, lorsque les règlements autorisent le détenu à présenter des observations, le décideur doit lui communiquer « tous les renseignements » entrant en ligne de compte dans la décision finale relative au transfèrement, sous réserve seulement du par. 27(3). Par conséquent, même les détenus visés par un transfèrement d’urgence non sollicité ont le droit de connaître tous les renseignements que le directeur a pris en considération dans sa décision, ou un sommaire de ceux-ci, sous réserve seulement du par. 27(3). La communication d’un sommaire des renseignements peut satisfaire à l’obligation de fournir au détenu « tous les renseignements ».

[82] Comme la Cour l’a confirmé dans l’arrêt *Cardinal*, une des décisions de la trilogie *Miller*, « à titre de principe général de *common law*, une

fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual” (p. 653). Section 27 of the *CCRA* guides the decision maker and elaborates on the resulting procedural rights (*May*, at para. 94). In order to guarantee fairness in the process leading up to a transfer decision, s. 27(1) provides that the inmate should be given all the information that was considered in the taking of the decision, or a summary of that information. This disclosure must be made within a reasonable time before the final decision is made. The onus is on the decision maker to show that s. 27(1) was complied with.

[83] This disclosure is not tantamount to the disclosure required by *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. As the Court stated in *May*, “[t]he requirements of procedural fairness must be assessed contextually” (para. 90, citing *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at para. 39; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 21; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 743; *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3, at para. 82). In this context, the inmate’s residual liberty is at stake, but his or her innocence is not in issue. *Stinchcombe* requires that the Crown disclose all relevant information, including “not only that which the Crown intends to introduce into evidence, but also that which it does not” (p. 343). Section 27 does not require the authorities to produce evidence in their possession that was not taken into account in the transfer decision; they are only required to disclose the evidence that was *considered*. Further, whereas *Stinchcombe* requires the Crown to disclose *all* relevant information, s. 27 of the *CCRA* provides that a summary of that information will suffice.

[84] The statutory scheme allows for some exemptions from the onerous disclosure requirement

obligation de respecter l’équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d’une personne » (p. 653). L’article 27 de la *LSCMLC* guide le décideur et précise ces droits procéduraux (*May*, par. 94). Pour garantir l’équité du processus de prise de décision qui mène au transfèrement, le par. 27(1) prévoit que tous les renseignements entrant en ligne de compte dans la prise de décision, ou un sommaire de ceux-ci, doivent être communiqués au détenu, et ce, dans un délai raisonnable avant la prise de la décision finale. Il incombe au décideur de prouver qu’il a respecté le par. 27(1).

[83] Cette forme de communication ne doit pas se confondre avec la communication requise par l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Comme la Cour l’a indiqué dans l’arrêt *May*, « [i]l faut toujours examiner les exigences de l’équité procédurale en contexte » (par. 90, citant *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, par. 39; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 21; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 743; *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3, par. 82). Dans ce contexte, bien que la liberté résiduelle d’un détenu soit en jeu, son innocence ne l’est pas. L’arrêt *Stinchcombe* exige que le ministère public communique tous les renseignements pertinents, non seulement les « renseignements que le ministère public entend produire en preuve, mais aussi ceux qu’il n’a pas l’intention de produire » (p. 343). Aux termes de l’art. 27, les autorités ne sont pas tenues de produire les éléments de preuve qu’elles possèdent et qui n’ont pas été pris en compte dans la décision relative au transfèrement; elles doivent communiquer seulement les éléments de preuve *entrant en ligne de compte* dans la décision. De plus, suivant *Stinchcombe*, le ministère public doit communiquer *tous* les renseignements pertinents, mais selon l’art. 27 de la *LSCMLC*, un sommaire de ces renseignements suffit.

[84] Le régime législatif permet certaines exemptions à la lourde obligation de communication



of s. 27(1) and (2). Section 27(3) provides that where the Commissioner has reasonable grounds to believe that disclosure of information under s. 27(1) or (2) would jeopardize (a) the safety of any person, (b) the security of a penitentiary, or (c) the conduct of a lawful investigation, he or she may authorize the withholding from the inmate of as much information as is strictly necessary in order to protect the interest that would be jeopardized.

[85] A decision to withhold information pursuant to s. 27(3) is necessarily reviewable by way of an application for *habeas corpus*. Such a decision is not independent of the transfer decision made under s. 29. Rather, s. 27 serves as a statutory guide to procedural protections that have been adopted to ensure that decisions under s. 29 and other provisions are taken fairly. When a transfer decision is made under s. 29 and an inmate is entitled to make representations pursuant to the *CCRR*, s. 27 is engaged and decisions made under it are reviewable. If the correctional authorities failed to comply with s. 27 as a whole, a reviewing court may find that the transfer decision was procedurally unfair, and the deprivation of the inmate's liberty will not be lawful. This is certainly a "legitimate ground" upon which an inmate may apply for *habeas corpus*.

[86] *Habeas corpus* is structured in such a way that so long as the inmate has raised a legitimate ground upon which to question the legality of the deprivation, the onus is on the authorities to justify the lawfulness of the detention (*May*, at para. 71). If the Commissioner, or a representative of the Commissioner, chooses to withhold information from the inmate on the basis of s. 27(3), the onus is on the decision maker to invoke the provision and prove that there were reasonable grounds to believe that disclosure of that information would jeopardize one of the listed interests.

[87] Where, pursuant to s. 27(3), the correctional authorities do not disclose to the inmate *all* the information considered in their transfer decision or

prévue aux par. 27(1) et (2). Selon le par. 27(3), si le commissaire a des motifs raisonnables de croire que la communication des renseignements prévue aux par. 27(1) ou (2) mettrait en danger a) la sécurité d'une personne, b) la sécurité du pénitencier, ou c) compromettrait la tenue d'une enquête licite, il peut refuser la communication de renseignements au détenu dans la mesure jugée strictement nécessaire à la protection des intérêts en danger.

[85] La décision de refuser la communication de renseignements conformément au par. 27(3) peut nécessairement être révisée par voie d'*habeas corpus*. Cette décision n'est pas indépendante de celle qui est prise au sujet du transfèrement en vertu de l'art. 29. L'article 27 apporte plutôt des précisions sur les garanties procédurales établies pour assurer l'équité des décisions fondées sur l'art. 29 ou sur d'autres dispositions. Lorsqu'une décision de transférer est prise en vertu de l'art. 29 et qu'un détenu peut présenter des observations conformément au *RSCMLC*, l'art. 27 s'applique et les décisions prises sous son régime sont susceptibles de révision. Si l'autorité correctionnelle ne se conforme pas à toutes les obligations que lui impose l'art. 27, la cour de révision peut conclure que la décision relative au transfèrement est inéquitable sur le plan procédural, et la privation de liberté du détenu ne pourra être légale. Un tel constat constitue certainement un « doute [valablement soulevé] » que le détenu peut invoquer dans sa demande d'*habeas corpus*.

[86] L'*habeas corpus* est structuré de telle sorte que, dès lors que le détenu a valablement soulevé un doute quant à la légalité de sa privation de liberté, il incombe aux autorités de justifier de la licéité de la détention (*May*, par. 71). Si le commissaire, ou son représentant, choisit de refuser la communication de renseignements au détenu en se fondant sur le par. 27(3), il lui incombe alors d'invoquer cette disposition et de prouver qu'il avait des motifs raisonnables de croire que la communication de ces renseignements compromettrait les intérêts mentionnés.

[87] Lorsque les autorités correctionnelles refusent, en se fondant sur le par. 27(3), de communiquer au détenu *tous* les renseignements entrant en

a summary thereof, they should generally, if challenged on an application for *habeas corpus*, submit to the judge of the reviewing court a sealed affidavit that contains both the information that has been withheld from the inmate compared with the information that was disclosed and the reasons why disclosure of that information might jeopardize the security of the penitentiary, the safety of any person or the conduct of a lawful investigation.

[88] When the prison authorities rely on kites or anonymous tips to justify a transfer, they should also explain in the sealed affidavit why those tips are considered to be reliable. When liberty interests are at stake, procedural fairness also includes measures to verify the evidence being relied upon. If an individual is to suffer a form of deprivation of liberty, “procedural fairness includes a procedure for verifying the evidence adduced against him or her” (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, at para. 56).

[89] Section 27(3) authorizes the withholding of information when the Commissioner has “reasonable grounds to believe” that should the information be released, it might threaten the security of the prison, the safety of any person or the conduct of an investigation. The Commissioner, or his or her representative, is in the best position to determine whether such a risk could in fact materialize. As a result, the Commissioner, or the warden, is entitled to a margin of deference on this point. Similarly, the warden and the Commissioner are in the best position to determine whether a given source or informant is reliable. Some deference is accordingly owed on this point as well. If, however, certain information is withheld without invoking s. 27(3), deference will not be warranted, and the decision will be procedurally unfair and therefore unlawful.

ligne de compte dans leur décision de transférer un détenu ou un sommaire de ceux-ci, elles devraient généralement, si le détenu conteste une décision par voie d’*habeas corpus*, présenter au juge de la cour de révision un affidavit scellé. Cet affidavit contiendrait les renseignements qui n’ont pas été communiqués au détenu et ceux qui lui ont été communiqués, ainsi qu’un exposé des raisons pour lesquelles la communication de ces renseignements risquerait de compromettre la sécurité du pénitencier, la sécurité d’une personne ou la tenue d’une enquête licite.

[88] Lorsque les autorités carcérales se fient à des « renseignements glanés » ou à des tuyaux anonymes pour justifier un transfèrement, elles doivent aussi indiquer dans l’affidavit scellé les raisons pour lesquelles elles jugent ces sources fiables. Lorsque le droit à la liberté est en jeu, l’équité procédurale comprend aussi des mesures destinées à vérifier la preuve sur laquelle les autorités se sont fondées. Si une personne doit subir une forme de privation de sa liberté, l’« équité procédurale comprend [. . .] une procédure de vérification de la preuve présentée contre cette personne » (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326, par. 56).

[89] Aux termes du par. 27(3), le commissaire peut refuser la communication de renseignements s’il a des « motifs raisonnables de croire » que la communication de ces renseignements pourrait mettre en danger la sécurité du pénitencier, la sécurité d’une personne, ou pourrait compromettre la tenue d’une enquête. Le commissaire, ou son représentant, est le mieux en mesure de décider si ce risque pourrait effectivement se concrétiser. Par conséquent, il faut, dans une certaine mesure, faire preuve de déférence sur ce point envers le commissaire ou le directeur. De même, ces derniers sont mieux en mesure de déterminer la fiabilité de certaines sources ou de certains informateurs. Par conséquent, il faut, sur ce point également, faire preuve d’une certaine déférence. Toutefois, si le par. 27(3) n’est pas invoqué et que certains renseignements ne sont pas communiqués, la déférence ne sera pas justifiée et la décision sera inéquitable sur le plan procédural et, par conséquent, illégale.

[90] I should point out that not all breaches of the *CCRA* or the *CCRR* will be unfair. It will be up to the reviewing judge to determine whether a given breach has resulted in procedural unfairness. For instance, if s. 27(3) has been invoked erroneously or if there was a strictly technical breach of the statute, the reviewing judge must determine whether that error or that technicality rendered the decision procedurally unfair.

#### E. *Lawfulness of the Deprivation of Liberty*

[91] As I mentioned above, the writ of *habeas corpus* will issue if (1) the applicant has been deprived of his or her liberty and (2) that deprivation was unlawful. No one has contested the fact that the transfer of Mr. Khela to Kent Institution was a deprivation of his liberty. However, the parties disagree on whether that deprivation was lawful.

[92] It is clear from the record that the Warden, in making the transfer decision, considered information that she did not disclose to Mr. Khela. Nor did she give him an adequate summary of the missing information. The withholding of this information was not justified under s. 27(3). As a result, the Warden's decision did not meet the statutory requirements related to the duty of procedural fairness.

[93] In this case, the application judge noted that the Warden had failed to disclose information about the reliability of the sources (at para. 47), the specific statements made by the sources (at para. 51), and the scoring matrix that informed Mr. Khela's security classification (para. 56). She found that the failure to disclose this information had rendered the transfer decision procedurally unfair (para. 59). I agree with that finding.

[94] The specific statements made by the sources and information concerning the reliability of the sources should have been disclosed to Mr. Khela. The appellants submit that information on the reliability of sources and substantial details about

[90] Toutefois, je souligne que tout manquement à la *LSCMLC* ou au *RSCMLC* n'est pas nécessairement inéquitable. Il appartiendra à la cour de révision de déterminer si un manquement donné a emporté un manquement à l'équité procédurale. Par exemple, si le par. 27(3) a été invoqué à tort ou s'il s'agissait d'un manquement à une simple formalité de la loi, le juge chargé de la révision devra décider si l'erreur ou le manquement à une formalité a rendu la décision inéquitable sur le plan procédural.

#### E. *Légalité de la privation de liberté*

[91] Je le répète, le bref d'*habeas corpus* est décerné lorsque (1) le demandeur a été privé de sa liberté, et (2) cette privation de liberté était illégale. Nul n'a contesté le fait que le transfèrement de M. Khela à l'Établissement Kent constituait une privation de sa liberté. Cependant, les parties ne s'entendent pas sur la légalité de la privation.

[92] Il ressort clairement de l'examen du dossier que, lorsqu'elle a décidé le transfèrement, la directrice a pris en compte des renseignements qui n'ont pas été communiqués à M. Khela. Elle ne lui a pas non plus communiqué un sommaire satisfaisant des renseignements manquants. Le refus de communiquer ces renseignements n'était pas justifié aux termes du par. 27(3). Par conséquent, la décision de la directrice ne satisfaisait pas aux exigences législatives en matière d'équité procédurale.

[93] En l'espèce, la juge saisie de la demande a relevé que la directrice avait omis de communiquer des renseignements au sujet de la fiabilité des sources (par. 47), le détail des déclarations faites par les sources (par. 51) ainsi que la matrice de notation sur laquelle était fondée la cote de sécurité de M. Khela (par. 56). La juge a estimé que l'omission de communiquer ces renseignements avait rendu la décision non équitable sur le plan procédural (par. 59). Je souscris à cette conclusion.

[94] Les déclarations faites par les sources et les renseignements relatifs à la fiabilité des sources auraient dû être communiqués à M. Khela. Les appelants plaignent que les renseignements relatifs à la fiabilité des sources et des détails importants

the incident that led to Mr. Khela's transfer were in fact disclosed. The only information in the Assessment regarding the sources was that "[s]ource information was received by the Security Intelligence Department implicating Mr. Khela as the contractor for the stabbing assault" in October 2009 and January 2010, and that "three separate and distinct sources" implicated Mr. Khela in the incidents which led up to his transfer. The Assessment also states that the information so received "corroborates previous claims and lends credence to [existing] suspicions". These statements do not provide Mr. Khela with enough information to know the case to be met. It is unclear from the Assessment what each of the three separate and distinct sources said, or why the new information "corroborated" previous claims. Vague statements regarding source information and corroboration do not satisfy the statutory requirement that all the information to be considered, or a summary of that information, be disclosed to the inmate within a reasonable time before the decision is taken.

[95] Although some of this information may have been justifiably withheld under s. 27(3) of the *CCRA*, the appellants did not invoke s. 27(3) or lead any evidence (including a sealed affidavit) to suggest that their withholding of information related to concerns arising from the interests protected by s. 27(3). If s. 27(3) is never invoked, pled, or proven, there is no basis for this Court to find that the Warden was justified in withholding information that was considered in the transfer decision from the inmate.

[96] Further, I agree with the determination of the application judge and the Court of Appeal that the Warden's failure to disclose the scoring matrix for the SRS was procedurally unfair. The appellants argue that the courts below should not have taken issue with the Warden's failure to disclose the scoring matrix, because, unlike in *May*, the decision to transfer Mr. Khela was not based on the SRS

de l'incident qui ont mené au transfèrement de M. Khela ont effectivement été communiqués. Cependant, dans le cas des sources, l'évaluation mentionnait seulement que, en octobre 2009 et en janvier 2010, [TRADUCTION] « [l]e Service du renseignement de sécurité a reçu des renseignements selon lesquels M. Khela avait commandé l'agression au couteau » et que « trois sources différentes » avaient impliqué M. Khela dans les incidents ayant mené à son transfèrement. Il était aussi indiqué dans l'évaluation que les renseignements ainsi obtenus « corroborent des déclarations antérieures et ajoutent foi aux soupçons ». Ces déclarations n'informent pas suffisamment M. Khela de la preuve qui pèse contre lui. L'évaluation n'indique pas clairement ce que chacune des trois sources distinctes a dit, ou la raison pour laquelle les renseignements reçus plus tard « corroborent » des déclarations antérieures. De vagues déclarations relatives à l'obtention de renseignements d'une source et à la corroboration ne satisfont pas à l'exigence prescrite par la loi de communiquer au détenu, dans un délai raisonnable avant la prise de décision, tous les renseignements entrant en ligne de compte dans la décision ou un sommaire de ceux-ci.

[95] Il est possible que les appelants auraient pu refuser à juste titre, aux termes du par. 27(3) de la *LSCMLC*, de communiquer certains de ces renseignements, mais ils n'ont pas invoqué le par. 27(3) ni présenté aucune preuve (y compris un affidavit scellé) indiquant que le refus de cette communication visait à protéger les intérêts mentionnés au par. 27(3). Si ce paragraphe n'est jamais invoqué, ou plaidé avec preuve à l'appui, rien ne permet à la Cour de conclure que la directrice a eu raison de refuser au détenu la communication des renseignements pris en compte dans sa décision de le transférer.

[96] De plus, je conviens avec le juge saisi de la demande et la Cour d'appel qu'il était inéquitable sur le plan procédural que la directrice ne communique pas la matrice de notation qui sous-tend l'ÉRNS. Les appelants plaident que les tribunaux inférieurs n'auraient pas dû traiter du refus de la directrice de communiquer la matrice de notation car, contrairement à la situation dans *May*, la

alone, given that the Commissioner overrode the security classification. Whether the decision was based on that scale alone is irrelevant, however. What is instead of concern is whether the Warden *considered* the scoring matrix, on which the SRS calculation was based, in taking her decision (s. 27).

[97] An override of the SRS calculation does not eliminate the Warden's obligation to disclose the scoring matrix. The scoring matrix is used to calculate the inmate's security classification. That classification is then reviewed and can be overridden. Even if it is overridden, however, the security classification (and thereby, indirectly, the scoring matrix) is nonetheless "considered" within the meaning of s. 27 of the *CCRA*. The Warden or the Commissioner must review the calculation before it can be overridden. Without access to the scoring matrix and information on the methodology used to calculate the total score, Mr. Khela was not in a position to challenge the information relied upon for the calculation or the method by which the total score was arrived at, and therefore could not properly challenge the override decision.

[98] To be lawful, a decision to transfer an inmate to a higher security penitentiary must, among other requirements, be procedurally fair. To ensure that it is, the correctional authorities must meet the statutory disclosure requirements. In this case, these statutory requirements were not met, and the decision to transfer Mr. Khela from Mission Institution to Kent Institution was therefore unlawful. The British Columbia Supreme Court properly granted *habeas corpus*. Mr. Khela was properly returned to a medium security institution (C.A., at para. 95).

## VI. Conclusion

[99] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal without costs. The original transfer decision was unlawful. However, Mr. Khela is now

décision de transférer M. Khela ne reposait pas seulement sur l'ÉRNS puisque le commissaire avait écarté la cote de sécurité. Cependant, la question de savoir si la décision reposait uniquement sur cette échelle n'est pas pertinente. La question consistait plutôt à déterminer si la directrice avait *pris en ligne de compte*, dans sa décision, la matrice de notation qui permet d'appliquer l'ÉRNS (art. 27).

[97] Le fait de modifier le résultat obtenu au moyen de l'ÉRNS n'élimine pas l'obligation faite à la directrice de communiquer la matrice de notation. Cette matrice permet de calculer la cote de sécurité du détenu. Cette cote est alors examinée et peut être écartée. Cependant, même si elle est écartée, la cote de sécurité (et, indirectement, la matrice de notation) est quand même « prise [...] en ligne de compte » au sens de l'art. 27 de la *LSCMLC*. Le directeur ou le commissaire doit examiner le résultat avant de l'écarter. Sans la matrice de notation et les renseignements relatifs à la méthode utilisée pour calculer la note totale, M. Khela ne possédait aucun moyen de contester les renseignements sur lesquels reposait le calcul ou la façon d'établir la note totale. En conséquence, il ne pouvait contester efficacement la décision d'écarter la cote de sécurité.

[98] Une décision de transférer un détenu dans un pénitencier à sécurité plus élevée n'est légale que si, entre autres exigences, elle est équitable sur le plan procédural. Pour qu'elle le soit, les autorités correctionnelles doivent satisfaire aux exigences prévues par la loi en matière de communication. En l'espèce, ces exigences n'ont pas été respectées et la décision de transférer M. Khela de l'Établissement de Mission à l'Établissement Kent était en conséquence illégale. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a donc eu raison d'accueillir la demande d'*habeas corpus*. Monsieur Khela a été valablement renvoyé dans un établissement à sécurité moyenne (C.A., par. 95).

## VI. Conclusion

[99] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans dépens. La décision initiale relative au transfèrement était illégale.

lawfully incarcerated in Kent Institution and is not, therefore, to be returned to a medium security facility at this time.

*Appeal dismissed without costs.*

*Solicitor for the appellants: Attorney General of Canada, Ottawa and Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Conroy & Company, Abbotsford.*

*Solicitor for the interveners the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and the John Howard Society of Canada: Queen's University, Kingston.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: University of British Columbia, Vancouver.*

Monsieur Khela est toutefois maintenant légalement détenu à l'Établissement Kent et ne peut en conséquence être renvoyé pour le moment dans un établissement à sécurité moyenne.

*Pourvoi rejeté sans dépens.*

*Procureur des appelants : Procureur général du Canada, Ottawa et Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé : Conroy & Company, Abbotsford.*

*Procureur des intervenantes l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry et la Société John Howard du Canada : Université Queen's, Kingston.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : University of British Columbia, Vancouver.*

**Douglas Martin** *Appellant*

v.

**Workers' Compensation Board of Alberta,  
Appeals Commission for Alberta Workers'  
Compensation and Attorney General  
of Canada** *Respondents*

and

**Workers' Compensation Board of  
British Columbia, Commission de  
la santé et de la sécurité du travail  
and Workers' Compensation Board  
of Nova Scotia** *Interveners*

**INDEXED AS: MARTIN v. ALBERTA  
(WORKERS' COMPENSATION BOARD)**

**2014 SCC 25**

File No.: 35052.

2013: December 10; 2014: March 28.

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

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

*Workers' compensation — Entitlement to compensation — Worker claiming compensation due to chronic onset stress — Provincial policy imposing criteria for eligibility for compensation on chronic onset stress claims — Whether provincial policy applies in determining eligibility under Government Employees Compensation Act — Whether provincial policy conflicts with Government Employees Compensation Act — Whether denial of claim was reasonable — Government Employees Compensation Act, R.S.C. 1985, c. G-5, ss. 2, 4 — Workers' Compensation Act, R.S.A. 2000, c. W-15, s. 1 — Workers' Compensation Board of Directors' Policy 03-01, Part II, Application 6.*

M, an employee of Parks Canada, was notified that disciplinary action would result if he did not provide an adequate response to a request filed under access to information legislation. M alleged that this letter, following the stress of years of conflict over another

**Douglas Martin** *Appellant*

c.

**Workers' Compensation Board of Alberta,  
Appeals Commission for Alberta Workers'  
Compensation et procureur général  
du Canada** *Intimés*

et

**Workers' Compensation Board of  
British Columbia, Commission de  
la santé et de la sécurité du travail  
et Workers' Compensation Board  
of Nova Scotia** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : MARTIN c. ALBERTA  
(WORKERS' COMPENSATION BOARD)**

**2014 CSC 25**

N° du greffe : 35052.

2013 : 10 décembre; 2014 : 28 mars.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA**

*Accidents du travail — Droit à une indemnité — Demande d'indemnisation pour stress chronique présentée par un travailleur — Critères d'admissibilité à l'indemnité en cas de stress chronique imposés par la politique provinciale — La politique provinciale s'applique-t-elle à la détermination de l'admissibilité à l'indemnité prévue à la Loi sur l'indemnisation des agents de l'État? — Y a-t-il un conflit entre la politique provinciale et la Loi sur l'indemnisation des agents de l'État? — Le rejet de la demande était-il raisonnable? — Loi sur l'indemnisation des agents de l'État, L.R.C. 1985, ch. G-5, art. 2, 4 — Workers' Compensation Act, R.S.A. 2000, ch. W-15, art. 1 — Workers' Compensation Board of Directors' Policy 03-01, Part II, Application 6.*

M, un employé de Parcs Canada, a été informé que des mesures disciplinaires seraient prises s'il ne répondait pas de manière satisfaisante à une demande présentée en vertu de la législation sur l'accès à l'information. M a prétendu que la lettre avait provoqué chez lui des troubles

workplace issue, triggered a psychological condition. He initiated a claim for compensation for chronic onset stress.

Under s. 4 of the *Government Employees Compensation Act*, R.S.C. 1985, c. G-5 (*GECA*), federal workers who suffer workplace injuries are entitled to compensation at the same rate and under the same conditions as provided under the provincial law where the employee is usually employed, and compensation is determined by the same board, officers or authority as determine compensation under provincial law. The *GECA* and the *Workers' Compensation Act*, R.S.A. 2000, c. W-15 (*WCA*), both define "accident" as including a wilful and intentional act of someone other than the claimant and a fortuitous or chance event occasioned by a physical or natural cause. Alberta's Workers' Compensation Board of Directors' Policy 03-01, Part II, Application 6 (Policy), made under the *WCA* identifies four criteria which must be met in order to establish eligibility for compensation for chronic onset stress. The third and fourth criteria require that the work-related events are excessive or unusual in comparison to the normal pressures and tensions experienced by the average worker in a similar occupation and that there is objective confirmation of the events.

M's claim was denied by the Alberta Workers' Compensation Board, the Dispute Resolution and Decision Review Body, and the Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation (Commission) on the basis that it did not meet the third and fourth criteria set out in the Policy. On judicial review, the Alberta Court of Queen's Bench concluded that s. 4(1) of the *GECA* set out a complete eligibility test for federal workers and the provincial Policy did not apply. The matter was returned to the Commission to be determined solely by the *GECA*. The Alberta Court of Appeal restored the Commission's decision, finding that the provincial Policy did apply.

*Held*: The appeal should be dismissed.

In enacting the *GECA*, Parliament intended that provincial boards and authorities would adjudicate the workers' compensation claims of federal government employees — including both entitlement to and rates of compensation — according to provincial law, except where the *GECA* clearly conflicts with provincial legislation. Where Parliament intended to impose different conditions, it has done so expressly. Where a direct conflict with the provincial law exists, the *GECA* will prevail, rendering

psychologiques, après les années de stress causé par un autre problème en milieu de travail. Il a présenté une demande d'indemnisation pour stress chronique.

Aux termes de l'art. 4 de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, L.R.C. 1985, ch. G-5 (*LIAÉ*), les travailleurs fédéraux blessés au travail ont droit à une indemnité aux taux et conditions fixés par la législation de la province où l'agent de l'État exerce habituellement ses fonctions, et l'indemnité est déterminée par l'autorité — personne ou organisme — compétente en la matière conformément à la législation provinciale. Dans la *LIAÉ* et dans la *Workers' Compensation Act*, R.S.A. 2000, ch. W-15 (*WCA*), le terme « accident » est défini et s'entend notamment d'un acte délibéré accompli par une autre personne que le demandeur et d'un événement fortuit ayant une cause physique ou naturelle. La politique 03-01, partie II, Application 6 de l'Alberta Workers' Compensation Board of Directors (Politique), prise en vertu de la *WCA*, énumère quatre critères auxquels il doit être satisfait pour que le droit à l'indemnité soit reconnu dans le cas d'une demande pour stress chronique. Aux termes des troisième et quatrième critères, les événements liés au travail doivent être excessifs ou inusités par rapport aux pressions et tensions normales auxquelles le travailleur moyen occupant un emploi semblable est assujéti et les événements doivent être confirmés de manière objective.

La demande de M a été rejetée par l'Alberta Workers' Compensation Board, le Dispute Resolution and Decision Review Body et l'Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation (Commission) au motif qu'elle ne satisfaisait pas aux troisième et quatrième critères énumérés à la Politique. À l'issue d'un contrôle judiciaire, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta était d'avis que le par. 4(1) de la *LIAÉ* constitue un code complet régissant l'admissibilité des travailleurs fédéraux à l'indemnité et a conclu à l'inapplicabilité de la Politique provinciale. Elle a renvoyé l'affaire à la Commission pour décision en application de la *LIAÉ* seulement. La Cour d'appel de l'Alberta, concluant que la Politique provinciale s'appliquait, a rétabli la décision de la Commission.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

En adoptant la *LIAÉ*, le législateur entendait que les autorités provinciales compétentes statuent sur les demandes d'indemnisation des agents de l'État fédéral — y compris le droit à l'indemnité et les taux d'indemnisation — selon la législation provinciale, sauf lorsque la *LIAÉ* entre clairement en conflit avec la législation provinciale. Dans les cas où le législateur entendait prévoir des conditions différentes, il l'a fait expressément. Lorsqu'une disposition ou une politique provinciale entre



that aspect of the provincial law or policy inapplicable to federal workers. This interpretation is supported by the text of s. 4, the scheme and history of the *GECA*, and Parliament's stated intentions.

In this case, the provincial Policy's interpretation of "accident" in the context of psychological stress claims does not conflict with the *GECA*. The *GECA*'s permissive and flexible definition of "accident" is consistent with Parliament's intention to delegate the administration of workers' compensation to the provincial agencies, and enables different provinces to define eligibility for compensation differently. In determining whether a worker's chronic onset stress was caused by an accident arising out of and in the course of employment, it was not inconsistent with the *GECA* or unreasonable for Alberta to require that the work-related events are excessive or unusual in comparison to the normal pressures and tensions experienced by the average worker in a similar occupation and that there is objective confirmation of the events. Those requirements reflect Alberta's interpretation of "accident" in the context of psychological stress claims.

The Commission's decision to deny compensation in this case was reasonable. It was open to the Commission to find that the predominant cause of M's psychological injury was his reaction to a letter from his employer requesting compliance with an access to information request, and that such a request was not excessive or unusual in terms of normal pressures and tensions in a similar occupation.

### Cases Cited

**Referred to:** *Rees v. Royal Canadian Mounted Police*, 2005 NLCA 15, 246 Nfld. & P.E.I.R. 79, leave to appeal refused, [2005] 2 S.C.R. x; *Stewart v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission*, 2008 NBCA 45, 331 N.B.R. (2d) 278; *Canada Post Corp. v. Smith* (1998), 40 O.R. (3d) 97, leave to appeal refused, [1998] 3 S.C.R. v; *Thomson v. Workers' Compensation Appeals Tribunal*, 2003 NSCA 14, 212 N.S.R. (2d) 81; *Canadian Broadcasting Corp. v. Luo*, 2009 BCCA 318, 273 B.C.A.C. 203; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Cape Breton Development Corp. v. Morrison Estate*, 2003 NSCA 103, 218 N.S.R. (2d) 53, leave to appeal refused, [2004] 1 S.C.R. vii; *McLellan v. Workers' Compensation Appeals Tribunal*,

directement en conflit avec la *LIAÉ*, cette dernière prime et rend inapplicable la disposition ou la politique provinciale aux travailleurs fédéraux. Une telle interprétation repose sur le texte de l'art. 4, l'économie et l'historique législatif de la *LIAÉ* et les déclarations d'intention du législateur.

En l'espèce, l'interprétation de ce qui constitue un « accident » pour le traitement d'une demande d'indemnisation pour stress psychologique énoncée à la Politique albertaine n'entre pas en conflit avec la *LIAÉ*. La définition ouverte et souple du terme « accident » qui figure à la *LIAÉ* témoigne de l'intention du législateur de déléguer aux autorités provinciales l'administration du régime d'indemnisation et permet aux différentes provinces de prévoir des règles d'admissibilité différentes. Pour déterminer si le stress chronique dont souffre un travailleur résultait d'un accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail, il n'est pas incompatible avec la *LIAÉ* ni déraisonnable de la part de l'Alberta d'exiger que les événements liés au travail soient excessifs ou inusités par rapport aux pressions et tensions normales auxquelles le travailleur moyen occupant un emploi semblable est assujéti et que les événements aient été confirmés de manière objective. Ces exigences témoignent simplement de l'interprétation qu'a donnée l'Alberta du terme « accident » dans le contexte des demandes fondées sur le stress psychologique.

La décision de la Commission, qui a refusé d'accorder l'indemnité en l'espèce, était raisonnable. Il lui était loisible de conclure que la cause prédominante de l'atteinte psychologique de M était sa réaction à la lettre de son employeur lui intimant de donner suite à une demande d'accès à l'information. Cet ordre n'était pas excessif ni inusité par rapport aux pressions et tensions normales s'exerçant dans un emploi semblable.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Rees c. Royal Canadian Mounted Police*, 2005 NLCA 15, 246 Nfld. & P.E.I.R. 79, autorisation d'appel rejetée, [2005] 2 R.C.S. x; *Stewart c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, 2008 NBCA 45, 331 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 278; *Canada Post Corp. c. Smith* (1998), 40 O.R. (3d) 97, autorisation de pourvoi refusée, [1998] 3 R.C.S. v; *Thomson c. Workers' Compensation Appeals Tribunal*, 2003 NSCA 14, 212 N.S.R. (2d) 81; *Canadian Broadcasting Corp. c. Luo*, 2009 BCCA 318, 273 B.C.A.C. 203; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Cape Breton Development Corp. c. Morrison Estate*, 2003 NSCA 103, 218 N.S.R. (2d) 53, autorisation d'appel refusée, [2004] 1 R.C.S. vii;

2003 NSCA 106, 218 N.S.R. (2d) 176; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, CQLR, c. A-3.001, ss. 382, 454.  
*Act to amend the Government Employees Compensation Act*, S.C. 1931, c. 9, s. 2.  
*Act to amend the Government Employees Compensation Act*, S.C. 1955, c. 33, s. 2.  
*Act to provide Compensation where Employees of His Majesty are killed or suffer injuries while performing their duties*, S.C. 1918, c. 15, s. 1(1).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.  
*Government Employees Compensation Act*, R.S.C. 1985, c. G-5, ss. 2 “accident”, 4(1), (2), (3).  
*Government Employees Compensation Act, 1947*, S.C. 1947, c. 18, ss. 2(1) “accident”, 3(1).  
*Government Employees Compensation Regulations 1948 (Pulmonary Tuberculosis)*, SOR/48-573.  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 14.  
*Workers Compensation Act*, C.C.S.M., c. W200, s. 51.1(1)(a).  
*Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492, s. 99(2).  
*Workers Compensation Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. W-7.1, s. 30(1).  
*Workers' Compensation Act*, R.S.A. 2000, c. W-15, ss. 1(1) “accident”, 8(3)(c), (d), 13.2(6).  
*Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, c. 10, s. 183.  
*Workers' Compensation Act*, S.N.W.T. 2007, c. 21, s. 91(3).  
*Workers' Compensation Act*, S.Nu. 2007, c. 15, s. 31(2).  
*Workers' Compensation Act*, S.Y. 2008, c. 12, ss. 3 “policy”, 18.  
*Workers' Compensation Act, 2013*, S.S. 2013, c. W-17.11, s. 23(2).  
*Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, c. W-11, s. 5(1)(a).  
*Workplace Health, Safety and Compensation Commission Act*, S.N.B. 1994, c. W-14, s. 7(f).  
*Workplace Safety and Insurance Act, 1997*, S.O. 1997, c. 16, Sched. A, ss. 126, 161.

*McLellan c. Workers' Compensation Appeals Tribunal*, 2003 NSCA 106, 218 N.S.R. (2d) 176; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Loi ayant pour objet d'accorder une indemnité lorsque des employés de Sa Majesté sont tués ou blessés dans l'exécution de leurs devoirs*, S.C. 1918, ch. 15, art. 1(1).  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 14.  
*Loi de 1947 sur l'indemnisation des employés de l'État*, S.C. 1947, ch. 18, art. 2(1) « accident », 3(1).  
*Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*, L.O. 1997, ch. 16, ann. A, art. 126, 161.  
*Loi modifiant la Loi d'indemnisation des employés de l'État*, S.C. 1931, ch. 9, art. 2.  
*Loi modifiant la Loi sur l'indemnisation des employés de l'État*, S.C. 1955, ch. 33, art. 2.  
*Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, L.R.C. 1985, ch. G-5, art. 2 « accident », 4(1), (2), (3).  
*Loi sur l'indemnisation des travailleurs*, L.Nu. 2007, ch. 15, art. 31(2).  
*Loi sur l'indemnisation des travailleurs*, L.T.N.-O. 2007, ch. 21, art. 91(3).  
*Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, L.N.-B. 1994, ch. W-14, art. 7f).  
*Loi sur les accidents du travail*, C.P.L.M., ch. W200, art. 51.1(1)a).  
*Loi sur les accidents du travail*, L.Y. 2008, ch. 12, art. 3 « politique », 18.  
*Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, ch. A-3.001, art. 382, 454.  
*Règlements concernant l'indemnisation des employés de l'État, 1948 (Tuberculose pulmonaire)*, DORS/48-573.  
*Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 492, art. 99(2).  
*Workers Compensation Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. W-7.1, art. 30(1).  
*Workers' Compensation Act*, R.S.A. 2000, ch. W-15, art. 1(1) « accident », 8(3)(c), (d), 13.2(6).  
*Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 183.  
*Workers' Compensation Act, 2013*, S.S. 2013, ch. W-17.11, art. 23(2).  
*Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, ch. W-11, art. 5(1)(a).

**Authors Cited**

- Alberta. Workers' Compensation Board. *Policies and Information Manual*, Claimant & Health Care Services Policies (online: <http://www.wcb.ab.ca/public/policy/manual/claimant.asp>).
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 2nd Sess., 22nd Parl., February 28, 1955, p. 1561.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 3rd Sess., 20th Parl., March 27, 1947, p. 1824.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 3rd Sess., 20th Parl., March 31, 1947, pp. 1892, 1894, 1896.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 6th Sess., 21st Parl., May 7, 1952, p. 1974.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 132, 1st Sess., 13th Parl., April 16, 1918, p. 812.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser C.J. and Watson and McDonald J.J.A.), 2012 ABCA 248, 65 Alta. L.R. (5th) 220, 536 A.R. 121, 559 W.A.C. 121, 353 D.L.R. (4th) 499, [2012] 11 W.W.R. 1, 1 C.C.E.L. (4th) 193, [2012] A.J. No. 879 (QL), 2012 CarswellAlta 1444, allowing an appeal from a decision of Ouellette J., 2010 CarswellAlta 2817, which set aside a decision of the Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation, 2009 CanLII 66292, and ordered a reconsideration. Appeal dismissed.

*Andrew Raven, Andrew Astritis and Amanda Montague-Reinholdt*, for the appellant.

*Douglas R. Mah, Q.C.*, and *Ron Goltz*, for the respondent the Workers' Compensation Board of Alberta.

*Sandra Hermiston*, for the respondent the Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation.

*John S. Tyhurst*, for the respondent the Attorney General of Canada.

**Doctrine et autres documents cités**

- Alberta. Workers' Compensation Board. *Policies and Information Manual*, Claimant & Health Care Services Policies (online : <http://www.wcb.ab.ca/public/policy/manual/claimant.asp>).
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 2<sup>e</sup> sess., 22<sup>e</sup> lég., 28 février 1955, p. 1648.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 3<sup>e</sup> sess., 20<sup>e</sup> lég., 27 mars 1947, p. 1818.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 3<sup>e</sup> sess., 20<sup>e</sup> lég., 31 mars 1947, p. 1886, 1888, 1891.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 6<sup>e</sup> sess., 21<sup>e</sup> lég., 7 mai 1952, p. 2103.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 132, 1<sup>re</sup> sess., 13<sup>e</sup> lég., 16 avril 1918, p. 857.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Watson et McDonald), 2012 ABCA 248, 65 Alta. L.R. (5th) 220, 536 A.R. 121, 559 W.A.C. 121, 353 D.L.R. (4th) 499, [2012] 11 W.W.R. 1, 1 C.C.E.L. (4th) 193, [2012] A.J. No. 879 (QL), 2012 CarswellAlta 1444, qui a accueilli l'appel interjeté d'une décision du juge Ouellette, 2010 CarswellAlta 2817, qui avait infirmé la décision de l'Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation, 2009 CanLII 66292, et ordonné une nouvelle audience. Pourvoi rejeté.

*Andrew Raven, Andrew Astritis et Amanda Montague-Reinholdt*, pour l'appelant.

*Douglas R. Mah, c.r.*, et *Ron Goltz*, pour l'intimé Workers' Compensation Board of Alberta.

*Sandra Hermiston*, pour l'intimée Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation.

*John S. Tyhurst*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

*Laurel M. Courtenay and Scott A. Nielsen*, for the intervener the Workers' Compensation Board of British Columbia.

*Pierre-Michel Lajeunesse and Lucille Giard*, for the intervener Commission de la santé et de la sécurité du travail.

*Roderick (Rory) H. Rogers, Q.C., and Madeleine F. Hearn*s, for the intervener the Workers' Compensation Board of Nova Scotia.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS J. —

#### I. Introduction and Overview

[1] The appellant, an employee of Parks Canada, initiated a claim for workers' compensation. Under the federal *Government Employees Compensation Act*, R.S.C. 1985, c. G-5 (*GECA*), federal workers who suffer workplace injuries are entitled to compensation "at the same rate and under the same conditions" as provided under the provincial law where the employee is usually employed: s. 4(1) and (2). The compensation is determined by "the same board, officers or authority" as determine compensation under provincial law: s. 4(3). The appellant's claim was denied by the Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation (Commission), 2009 CanLII 66292, because it did not meet all the criteria set out in Alberta's Workers' Compensation Board of Directors' Policy 03-01, Part II, Application 6 (Policy), authorized under the *Alberta Workers' Compensation Act*, R.S.A. 2000, c. W-15 (*WCA*). The Alberta Court of Appeal found that the provincial Policy applied to Mr. Martin's claim and restored the Commission's denial of compensation.

[2] The main issue in this appeal is whether the *GECA* requires the provincial boards to apply provincial law and policy to determine entitlement to workers' compensation. Provincial courts of appeal have reached competing conclusions on this question. Some have concluded that the *GECA* provides a complete code of eligibility for federal

*Laurel M. Courtenay et Scott A. Nielsen*, pour l'intervenant Workers' Compensation Board of British Columbia.

*Pierre-Michel Lajeunesse et Lucille Giard*, pour l'intervenante la Commission de la santé et de la sécurité du travail.

*Roderick (Rory) H. Rogers, c.r., et Madeleine F. Hearn*s, pour l'intervenant Workers' Compensation Board of Nova Scotia.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

#### I. Introduction et survol

[1] L'appelant, un employé de Parcs Canada, a présenté une demande d'indemnisation pour accident du travail. Aux termes de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, L.R.C. 1985, ch. G-5 (*LIAÉ*), les travailleurs fédéraux blessés au travail ont droit à une indemnité « aux taux et conditions » fixés par la législation de la province où l'agent de l'État exerce habituellement ses fonctions (par. 4(1) et (2)). L'indemnité est déterminée par « l'autorité — personne ou organisme — compétente en la matière » conformément à la législation provinciale (par. 4(3)). L'Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation (Commission) a rejeté la demande de l'appelant (2009 CanLII 66292) au motif qu'elle ne satisfaisait pas à tous les critères énumérés à la Alberta Workers' Compensation Board of Directors' Policy 03-01, partie II, Application 6 (Politique), prise en vertu de la *Workers' Compensation Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, ch. W-15 (*WCA*). La Cour d'appel de l'Alberta a conclu que la Politique provinciale s'appliquait, et elle a rétabli la décision de la Commission, qui avait rejeté la demande de M. Martin.

[2] Le pourvoi pose principalement la question de savoir si la *LIAÉ* exige que les organismes provinciaux déterminent le droit à l'indemnité en appliquant la législation et les politiques provinciales. Les cours d'appel provinciales ont rendu des décisions divergentes sur ce point. Certaines ont conclu que la *LIAÉ* constitue un code complet

workers' compensation.<sup>1</sup> Others, like the Alberta Court of Appeal in this case, have concluded that eligibility for compensation under the *GECA* is determined in accordance with provincial rules.<sup>2</sup>

[3] I would dismiss the appeal. The provincial boards and authorities are required under the *GECA* to apply their own provincial laws and policies, provided they do not conflict with the *GECA*. I conclude that the Commission's decision to reject the claim was reasonable.

## II. Background Facts

[4] The appellant, Douglas Martin, began employment with Parks Canada as a park warden in 1973. In 2000, he commenced a health and safety complaint against Parks Canada, arguing that wardens should be armed when carrying out law enforcement duties. This complaint generated various internal complaint processes, court cases and appeals. The appellant felt that he suffered a loss of work, training and promotion opportunities as a result of his leadership role in the dispute.

[5] In June 2006, Parks Canada received a request under access to information legislation. It instructed the appellant to disclose information relating to data on his work computer so that it could comply with the request. Parks Canada was not satisfied that the appellant had responded adequately. On December 18 of that year, he received a letter notifying him that if he did not provide further response to the request by December 13 (five days prior to receiving the letter), disciplinary action would result.

1 See, for example, *Rees v. Royal Canadian Mounted Police*, 2005 NLCA 15, 246 Nfld. & P.E.I.R. 79, at para. 31, leave to appeal refused, [2005] 2 S.C.R. x; *Stewart v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission*, 2008 NBCA 45, 331 N.B.R. (2d) 278, at para. 10.

2 *Canada Post Corp. v. Smith* (1998), 40 O.R. (3d) 97, at pp. 109 and 111, leave to appeal refused, [1998] 3 S.C.R. v; *Thomson v. Workers' Compensation Appeals Tribunal*, 2003 NSCA 14, 212 N.S.R. (2d) 81, at para. 18; *Canadian Broadcasting Corp. v. Luo*, 2009 BCCA 318, 273 B.C.A.C. 203, at paras. 22 and 40.

régissant l'admissibilité des travailleurs fédéraux à l'indemnité<sup>1</sup>. D'autres, telle la Cour d'appel de l'Alberta en l'espèce, ont jugé que l'admissibilité à l'indemnité sous le régime de la *LIAÉ* obéit aux règles provinciales<sup>2</sup>.

[3] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Suivant la *LIAÉ*, les autorités provinciales compétentes doivent appliquer la législation et les politiques en vigueur dans leur province, dans la mesure où celles-ci n'entrent pas en conflit avec les dispositions de la loi fédérale. J'estime que la décision de la Commission, qui a rejeté la demande, était raisonnable.

## II. Les faits

[4] L'appelant, M. Douglas Martin, a été engagé à titre de garde de parc par Parcs Canada en 1973. En 2000, il a déposé contre son employeur une plainte en matière de santé et sécurité au travail, exigeant le port d'armes pour les gardes lorsqu'ils accomplissent des fonctions d'application de la loi. Cette plainte a donné lieu à diverses procédures au sein de l'organisation, recours judiciaires et appels. L'appelant a estimé que son rôle directeur dans ce différend lui avait fait perdre des occasions professionnelles, de formation et d'avancement.

[5] En juin 2006, Parcs Canada a reçu une demande présentée en vertu de la législation sur l'accès à l'information et a enjoint à l'appelant de communiquer des renseignements au sujet de données contenues dans son ordinateur de travail pour lui permettre de répondre à cette demande. Jugeant la réponse insatisfaisante, Parcs Canada a informé l'appelant, dans une lettre qu'il a reçue le 18 décembre, que des mesures disciplinaires seraient prises s'il ne la complétait pas au plus tard le 13 décembre (soit cinq jours avant la réception de la lettre).

1 Voir, par exemple, *Rees c. Royal Canadian Mounted Police*, 2005 NLCA 15, 246 Nfld. & P.E.I.R. 79, par. 31, autorisation d'appel rejetée, [2005] 2 R.C.S. x; *Stewart c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, 2008 NBCA 45, 331 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 278, par. 10.

2 *Canada Post Corp. c. Smith* (1998), 40 O.R. (3d) 97, p. 109 et 111, autorisation de pourvoi refusée, [1998] 3 R.C.S. v; *Thomson c. Workers' Compensation Appeals Tribunal*, 2003 NSCA 14, 212 N.S.R. (2d) 81, par. 18; *Canadian Broadcasting Corp. c. Luo*, 2009 BCCA 318, 273 B.C.A.C. 203, par. 22 et 40.

[6] The appellant already had a written reprimand on his file and feared that the next disciplinary action would be dismissal. He alleged that the letter, following the stress of years of conflict over the health and safety issue, triggered a psychological condition. He took medical leave beginning December 23, 2006, consulted medical professionals for treatment, and initiated a claim for compensation for chronic onset stress the following month.

### III. Proceedings Below

[7] The appellant's claim was denied by three levels of workers' compensation authorities — the Alberta Workers' Compensation Board (WCB), the Dispute Resolution and Decision Review Body, and the Commission — on the basis that it did not meet the criteria set out in the Policy related to chronic onset stress. In particular, the Commission held that his claim failed to meet the third and fourth provincial Policy criteria — namely, that the “work-related events are excessive or unusual in comparison to the normal pressures and tensions experienced by the average worker in a similar occupation” and that “there is objective confirmation of the events” (Appellant's Book of Authorities, at p. 56).

[8] On judicial review, the Alberta Court of Queen's Bench concluded that the provincial Policy did not apply, and therefore set aside the decision and returned the matter to the Commission. As a federal employee, the appellant's eligibility for compensation was to be determined solely under the *GECA*, which was designed to ensure that all federal government employees in Canada are subject to the same rules. The third and fourth eligibility criteria imposed by the Policy were improper extra hurdles which were inconsistent with the *GECA*.

[9] The Alberta Court of Appeal (2012 ABCA 248, 65 Alta. L.R. (5th) 220 (Fraser C.J. and Watson and McDonald J.J.A.)) restored the Commission's decision (para. 84), the majority reasoning that Parliament had intended to rely upon provincial eligibility criteria, and the Policy criteria did not

[6] L'appellant, qui avait déjà une réprimande à son dossier, craignait que la prochaine mesure disciplinaire ne prenne la forme d'un renvoi. Prétendant que la lettre avait provoqué chez lui des troubles psychologiques, après les années de stress causé par le différend relatif à la santé et la sécurité au travail, il a pris un congé de maladie à compter du 23 décembre 2006, a consulté des professionnels de la santé en vue d'obtenir un traitement et, le mois suivant, a présenté une demande d'indemnisation pour stress chronique.

### III. Historique judiciaire

[7] La demande de l'appellant a été rejetée à trois paliers de la procédure d'indemnisation des accidents du travail — l'Alberta Workers' Compensation Board (WCB), le Dispute Resolution and Decision Review Body et la Commission — au motif qu'elle ne satisfaisait pas aux critères énumérés à la Politique quant au stress chronique. Plus particulièrement, la Commission a conclu que les troisième et quatrième critères de la Politique provinciale, à savoir [TRADUCTION] « les événements liés au travail sont excessifs ou inusités par rapport aux pressions et tensions normales auxquelles le travailleur moyen occupant un emploi semblable est assujéti » et « les événements ont été confirmés de manière objective », n'étaient pas remplis (Recueil de sources de l'appellant, p. 56).

[8] À l'issue d'un contrôle judiciaire, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, concluant à l'inapplicabilité de la Politique, a annulé la décision et renvoyé l'affaire à la Commission. Selon la cour, l'appellant étant un agent de l'État fédéral, son admissibilité à l'indemnité était régie par la *LIAÉ* seulement, laquelle visait à garantir l'application des mêmes règles à tous les agents de l'État fédéral au Canada. Les troisième et quatrième critères d'admissibilité énoncés à la Politique présentaient d'autres obstacles illégitimes et incompatibles avec la *LIAÉ*.

[9] La Cour d'appel de l'Alberta (2012 ABCA 248, 65 Alta. L.R. (5th) 220 (la juge en chef Fraser et les juges Watson et McDonald)) a rétabli la décision de la Commission (par. 84). Les juges majoritaires étaient d'avis que le législateur avait eu l'intention de s'en remettre aux critères provinciaux d'admissibilité

conflict with the federal *GECA* (paras. 4-8, 30-33, 35-47 and 51).

#### IV. Analysis

##### A. *Issues*

[10] This appeal gives rise to three issues. First, was the Commission entitled to apply provincial policy in determining eligibility under the federal *GECA*? Second, if so, did the particular Policy in this case conflict with the definition of “accident” in the *GECA*? Third, was the Commission’s denial of the claim in this case reasonable?

##### B. *Standard of Review*

[11] The appropriate standard of review in this case is reasonableness. Section 4 of the *GECA* gives the provinces broad authority to determine the compensation claims of federal workers, in effect rendering the *GECA* a “home” or “constituent” statute for the provincial tribunals. The presumption of reasonableness where an administrative tribunal interprets a “home” or “constituent” statute is not displaced here as the question of law is not of central importance to the legal system and is squarely within the specialized functions of workers’ compensation tribunals: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 30. As discussed below, Parliament intended that provinces would generally adjudicate claims according to provincial law, resulting in the potential for different applications of the *GECA* from province to province.

[12] With respect to the adjudication of Mr. Martin’s claim more specifically, the issue is one of mixed fact and law and this expert tribunal is entitled to deference.

et que ceux énoncés à la Politique n’entraient pas en conflit avec la *LIAÉ* (par. 4-8, 30-33, 35-47 et 51).

#### IV. Analyse

##### A. *Questions en litige*

[10] Le pourvoi soulève trois questions. Premièrement, la Commission est-elle habilitée à déterminer l’admissibilité à une indemnité prévue par la *LIAÉ* en fonction d’une politique provinciale? Deuxièmement, si c’est le cas, la Politique en cause entre-t-elle en conflit avec la définition d’« accident » énoncée à la *LIAÉ*? Enfin, la décision de la Commission, qui a rejeté la demande d’indemnisation, était-elle raisonnable en l’espèce?

##### B. *Norme de contrôle*

[11] La norme de contrôle applicable en l’espèce est celle de la décision raisonnable. L’article 4 de la *LIAÉ* investit les provinces d’un large pouvoir décisionnel relativement aux demandes d’indemnisation des travailleurs fédéraux, ce qui a pour effet d’assimiler la *LIAÉ* à une loi « constitutive » des tribunaux administratifs provinciaux. Comme la question de droit en cause ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique et relève bel et bien de l’expertise des organes d’indemnisation des accidents du travail, la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi « constitutive » n’est pas réfutée (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30). Comme je l’explique plus loin, le législateur entendait que les provinces se prononcent en général sur les demandes en fonction de la législation provinciale, ce qui ouvre la possibilité d’une application de la *LIAÉ* différente dans chaque province.

[12] La décision de la Commission, un tribunal spécialisé, sur la demande d’indemnisation de M. Martin en l’espèce, qui fait intervenir une question mixte de fait et de droit, commande la déférence.

*C. Relevant Statutory Provisions*

[13] The relevant provisions of the *GECA* and the *WCA* are as follows:

*Government Employees Compensation Act*, R.S.C. 1985, c. G-5

2. [Definitions] In this Act,

“accident” includes a wilful and an intentional act, not being the act of the employee, and a fortuitous event occasioned by a physical or natural cause;

. . .

4. (1) [Persons eligible for compensation] Subject to this Act, compensation shall be paid to

(a) an employee who

(i) is caused personal injury by an accident arising out of and in the course of his employment, or

(ii) is disabled by reason of an industrial disease due to the nature of the employment; and

(b) the dependants of an employee whose death results from such an accident or industrial disease.

(2) [Rate of compensation and conditions] The employee or the dependants referred to in subsection (1) are, notwithstanding the nature or class of the employment, entitled to receive compensation at the same rate and under the same conditions as are provided under the law of the province where the employee is usually employed respecting compensation for workmen and the dependants of deceased workmen, employed by persons other than Her Majesty, who

(a) are caused personal injuries in that province by accidents arising out of and in the course of their employment; or

(b) are disabled in that province by reason of industrial diseases due to the nature of their employment.

(3) [Determination of compensation] Compensation under subsection (1) shall be determined by

*C. Dispositions législatives applicables*

[13] Les dispositions pertinentes de la *LIAÉ* et de la *WCA* sont ainsi libellées :

*Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, L.R.C. 1985, ch. G-5

2. [Définitions] Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

« accident » Sont assimilés à un accident tout fait résultant d'un acte délibéré accompli par une autre personne que l'agent de l'État ainsi que tout événement fortuit ayant une cause physique ou naturelle.

. . .

4. (1) [Ayants droit] Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, il est versé une indemnité :

a) aux agents de l'État qui sont :

(i) soit blessés dans un accident survenu par le fait ou à l'occasion de leur travail,

(ii) soit devenus invalides par suite d'une maladie professionnelle attribuable à la nature de leur travail;

b) aux personnes à charge des agents décédés des suites de l'accident ou de la maladie.

(2) [Taux et conditions] Les agents de l'État visés au paragraphe (1), quelle que soit la nature de leur travail ou la catégorie de leur emploi, et les personnes à leur charge ont droit à l'indemnité prévue par la législation — aux taux et conditions qu'elle fixe — de la province où les agents exercent habituellement leurs fonctions en matière d'indemnisation des travailleurs non employés par Sa Majesté — et de leurs personnes à charge, en cas de décès — et qui sont :

a) soit blessés dans la province dans des accidents survenus par le fait ou à l'occasion de leur travail;

b) soit devenus invalides dans la province par suite de maladies professionnelles attribuables à la nature de leur travail.

(3) [Compétence] L'indemnité est déterminée :



(a) the same board, officers or authority as is or are established by the law of the province for determining compensation for workmen and dependants of deceased workmen employed by persons other than Her Majesty; or

(b) such other board, officers or authority, or such court, as the Governor in Council may direct.

*Workers' Compensation Act*, R.S.A. 2000, c. W-15

**1(1)** [Interpretation] In this Act,

(a) “accident” means an accident that arises out of and occurs in the course of employment in an industry to which this Act applies and includes

- (i) a wilful and intentional act, not being the act of the worker who suffers the accident,
- (ii) a chance event occasioned by a physical or natural cause,
- (iii) disablement, and
- (iv) a disabling or potentially disabling condition caused by an occupational disease;

*D. Does the Provincial Policy Apply in Determining Eligibility Under the GECA?*

[14] The primary issue in this appeal addresses the nature of the relationship between the *GECA* and provincial workers' compensation law: if and when provincial workers' compensation legislation, such as the Alberta *WCA*, can be used to determine eligibility for compensation under the *GECA*.

(1) Submissions of the Parties

[15] The appellant argues that s. 4(1) of the *GECA* sets out a complete eligibility test. Parliament intended to subject all federal employees to the same eligibility standard, but to have the amount of compensation be determined by each province. Thus, a worker governed by the *GECA* who suffers injury as a result of a work-related accident is entitled to

a) soit par l'autorité — personne ou organisme — compétente en la matière, pour les travailleurs non employés par Sa Majesté et leurs personnes à charge, en cas de décès, dans la province où l'agent de l'État exerce habituellement ses fonctions;

b) soit par l'autorité, judiciaire ou autre, que désigne le gouverneur en conseil.

*Workers' Compensation Act*, R.S.A. 2000, ch. W-15

[TRANSLATION]

**1(1)** [Définitions] Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

(a) « accident » Accident survenu du fait et au cours d'un emploi dans une industrie assujettie à la présente loi. La présente définition s'entend également :

- (i) de l'acte délibéré accompli par une autre personne que le travailleur accidenté,
- (ii) de tout événement fortuit ayant une cause physique ou naturelle,
- (iii) d'une incapacité,
- (iv) d'un trouble invalidant ou potentiellement invalidant causé par une maladie professionnelle.

*D. La Politique provinciale régit-elle l'admissibilité à l'indemnité prévue à la LIAÉ?*

[14] Le pourvoi porte principalement sur la nature du rapport entre la *LIAÉ* et les lois provinciales sur les accidents du travail : il soulève la question de savoir si les lois provinciales en la matière, notamment la *WCA* de l'Alberta, régissent l'admissibilité à l'indemnité que prévoit la *LIAÉ*, et, si c'est le cas, dans quelles circonstances.

(1) Arguments des parties

[15] Selon l'appellant, l'admissibilité à l'indemnité est entièrement régie par le par. 4(1) de la *LIAÉ*. Le législateur entendait assujettir tous les agents de l'État fédéral à la même norme d'admissibilité, mais laisser le soin à la province de déterminer le montant de l'indemnité. Ainsi, le travailleur visé par la *LIAÉ* qui est blessé dans un accident du travail a

compensation, without reference to any provincial law or policy respecting eligibility. Section 4(1) and the definition of “accident” in the *GECA* would be redundant if provincial legislation governed to determine eligibility for compensation. The question is whether the stress at issue is an injury by “accident” within the meaning of the *GECA*.

[16] The respondent the WCB submits that its authority to determine compensation for federal employees under s. 4 of the *GECA* includes the power to make policies in respect of compensation, including eligibility. The *GECA* provides an efficient system of compensation for federal employees consistent with that of provincial workers; the interplay between the *GECA* and the *WCA* is a positive example of cooperative federalism. Section 4(2), which directs that federal employees are to receive compensation “at the same rate and under the same conditions” as provincial employees, refers to both entitlement and quantum of benefits.

[17] The respondent the Attorney General of Canada contends that the intention of the *GECA* is to incorporate provincial law into the assessment of both eligibility and rate of compensation. The *GECA* was intended to create parity between workers within a province and to rely on provincial law and administration. Where Parliament intended to distinguish part of the *GECA* from the various provincial Acts, it has done so expressly. Therefore, except in those few situations where it conflicts with the *GECA*, provincial law determines issues of compensation.

## (2) Analysis

[18] “[T]he 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” (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

droit à une indemnité, indépendamment des critères d’admissibilité prévus par les lois ou politiques provinciales. Si les lois provinciales régissaient l’admissibilité à l’indemnité, le par. 4(1) et la définition d’« accident » prévue à la *LIAÉ* feraient double emploi. La question est plutôt celle de savoir si le stress constitue un « accident » au sens de la *LIAÉ*.

[16] Le WCB, intimé en l’espèce, soutient pour sa part que le pouvoir de déterminer l’indemnité à laquelle ont droit les agents de l’État fédéral qui lui est conféré à l’art. 4 de la *LIAÉ* comprend celui de formuler des politiques à ce sujet, notamment des politiques sur l’admissibilité. La *LIAÉ* établit un régime d’indemnisation efficace des agents de l’État fédéral s’harmonisant avec celui des travailleurs de la province, et les rapports entre la *LIAÉ* et la *WCA* constituent un bel exemple de fédéralisme coopératif. Le paragraphe 4(2), portant que les agents de l’État fédéral ont droit à l’indemnité « aux taux et conditions » prévus pour les travailleurs de la province, vise autant le droit à l’indemnité que le montant de cette dernière.

[17] Le procureur général du Canada, intimé en l’espèce, soutient quant à lui que le législateur avait l’intention d’incorporer par renvoi la législation provinciale dans la *LIAÉ* afin qu’elle s’applique à la détermination de l’admissibilité et du taux d’indemnisation. Il entendait ainsi établir la parité entre les travailleurs au sein d’une même province et s’en remettre à la législation et à l’administration provinciales. Lorsqu’il a voulu établir des distinctions entre des dispositions de la *LIAÉ* et les lois provinciales, le législateur l’a fait expressément. Par conséquent, les questions relatives à l’indemnité sont déterminées en fonction de la législation provinciale, sauf dans les rares cas où elle entre en conflit avec la *LIAÉ*.

## (2) Analyse

[18] [TRADUCTION] « [I]l faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87).

[19] For the reasons that follow, I conclude that the Commission was required to apply provincial law and policy to determine the entitlement to and rate of compensation for an employee governed by the *GECA*. The *GECA* incorporates provincial workers' compensation regimes, except where they conflict with the *GECA*. It creates an efficient and consistent system so that federal and other workers within a province are generally compensated at the same rates and under the same conditions. Where Parliament intended to impose different conditions, it has done so expressly.

(a) *The Text and Scheme of the Provisions*

[20] Section 4(1) of the *GECA* is a general provision which provides that compensation is to be paid to employees who are caused personal injury due to a workplace accident, and to their dependents if death results: "Subject to this Act, compensation shall be paid to . . . an employee who . . . is caused personal injury by an accident arising out of and in the course of his employment . . ." In my view, this does not suggest that the provision is a complete code for determining eligibility for compensation. Compensation is "[s]ubject to this Act". Neither the words "eligibility" nor "entitlement" appear in s. 4(1). Marginal notes are not part of the provision and are not determinative of the meaning of the section: *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 14.

[21] Although the injury must be caused by an "accident", the broad and open-ended definition of "accident" in s. 2 of the *GECA* provides only two categories of events which will constitute accidents: it "includes" both "wilful" and "intentional" acts of others and "fortuitous event[s]". No standard or rule is provided in the definition of "accident" — or in s. 4(1) — by which to determine what categories of "act[s]" or "event[s]" may constitute "accident[s]", when such acts are "arising out of and in the course of . . . employment" or to address when an injury is "caused" by an accident.

[19] Pour les motifs exposés ci-dessous, j'estime que la Commission devait appliquer la législation et les politiques provinciales pour se prononcer sur le droit d'un agent de l'État visé par la *LIAÉ* à l'indemnité et sur le taux d'indemnisation. La *LIAÉ* incorpore par renvoi les régimes provinciaux d'indemnisation des accidents du travail, dans la mesure où ils n'entrent pas en conflit avec ses dispositions. Elle établit un système efficace qui favorise l'uniformité de sorte que les travailleurs au sein d'une même province — agents de l'État fédéral ou autres — sont généralement indemnisés selon les mêmes taux et conditions. Dans les cas où le législateur entendait prévoir des conditions différentes, il l'a fait expressément.

a) *Le texte et l'économie des dispositions*

[20] Le paragraphe 4(1) de la *LIAÉ* est une disposition générale énonçant qu'une indemnité est versée aux agents de l'État blessés dans un accident du travail ou à leurs personnes à charge en cas de décès : « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, il est versé une indemnité [. . .] aux agents de l'État qui sont [. . .] soit blessés dans un accident survenu par le fait ou à l'occasion de leur travail . . . » À mon avis, il ne ressort pas de ce libellé que la disposition constitue un code complet régissant l'admissibilité à l'indemnité. L'indemnité est subordonnée à l'application des autres dispositions (« [s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi »). Les mots « admissibilité » et « droit » ne figurent pas au par. 4(1). Les notes marginales ne font pas partie de la disposition ni n'en déterminent le sens (*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 14).

[21] L'agent doit avoir été blessé dans un « accident », mais la définition large et non limitative de ce terme, qui figure à l'art. 2 de la *LIAÉ*, ne donne que deux exemples de catégories d'événements constituant des accidents. « Sont assimilés » à un accident le fait résultant d'un « acte délibéré » d'une autre personne et l'« événement fortuit ». Ni la définition ni le par. 4(1) n'énoncent de norme ou de règle permettant de déterminer quelles catégories de « fait[s] » ou d'« événement[s] » peuvent constituer un « accident », quand ils surviennent « par le fait ou à l'occasion [du] travail » ou quand un agent de l'État est blessé « dans » un accident.

[22] Read as a whole and in context, s. 4 supports the interpretation that the criteria for entitlement are not specified in the *GECA* and are to be determined according to provincial workers' compensation law and authorities.

[23] First, s. 4(2) provides that federal employees under the *GECA* are “entitled to receive compensation at the same rate and under the same conditions as are provided under the law of the province where the employee is usually employed”. This provides parallel *entitlements* to all workers *within* a given province. Since provinces have the jurisdiction to enact their own legislation respecting workers' compensation, s. 4(2) contemplates that different “rates” and “conditions” of compensation will apply to federal workers in different provinces, depending on the law enacted in their province of employment. Thus, the consistency promoted is for all workers within a province — and not for federal workers throughout the country.

[24] It would make little sense to defer to a provincial regime of compensation for the rates and conditions of compensation without also deferring on the question of eligibility, since those aspects of the regime are inevitably intertwined. “Conditions” for the receipt of compensation will determine whether or not an employee receives compensation. Thus, the “entitlement” under s. 4(2) to receive compensation “under the same conditions” as other employees in the province suggests that federal employees are entitled to receive compensation under the same circumstances. As I observe below, the legislative history clearly indicates that the reference to the “same conditions” was intended to indicate that the *eligibility conditions* for federal employees under the *GECA* were to be the same as under the provincial scheme.

[25] The parallel language used in s. 4(1) and (2) further links eligibility for compensation of federal employees to the provincial scheme. Under

[22] Considéré dans son ensemble et à la lumière de son contexte, l'art. 4 étaye l'interprétation selon laquelle les critères d'admissibilité à l'indemnité ne sont pas précisés dans la *LIAÉ* et il ressortit aux autorités provinciales de les déterminer, conformément à la législation provinciale sur les accidents du travail.

[23] Premièrement, le par. 4(2) prévoit que les agents de l'État fédéral visés par la *LIAÉ* « ont droit à l'indemnité prévue par la législation — aux taux et conditions qu'elle fixe — de la province où les agents exercent habituellement leurs fonctions ». Ainsi, tous les travailleurs *au sein d'*une province jouissent de *droits* parallèles. Puisque les provinces ont compétence pour légiférer en matière d'indemnisation des accidents du travail, le par. 4(2) prévoit la possibilité que les agents de l'État fédéral bénéficient de « taux » et « conditions » différents selon la législation applicable dans la province où ils exercent leurs fonctions. Par conséquent, c'est à l'échelle de la province, non pas à l'échelle du pays et du groupe des agents de l'État fédéral, que l'uniformité est favorisée.

[24] Il ne serait guère logique que le régime provincial dicte les taux et les conditions applicables sans régir également les critères d'admissibilité, puisque ces aspects du régime sont inévitablement interreliés. Les « conditions » à respecter pour obtenir le versement de l'indemnité déterminent si un agent de l'État y aura droit. En conséquence, le « droit » à l'indemnité, prévu au par. 4(2), aux « conditions » fixées par la législation de la province où l'agent de l'État fédéral exerce ses fonctions, indique qu'il y a droit dans les mêmes circonstances que les autres travailleurs de la province. Comme je le fais remarquer plus loin, il appert clairement de l'historique législatif que la mention des « conditions qu'elle [la législation de la province] fixe », avait pour objet de préciser que les *conditions d'admissibilité* applicables aux agents de l'État en vertu de la *LIAÉ* sont les mêmes que celles que prévoit le régime provincial.

[25] En outre, le parallélisme du libellé des par. 4(1) et (2) démontre que l'admissibilité des agents de l'État fédéral obéit au régime provincial.

s. 4(1), compensation shall be paid to a federal employee who “is caused personal injury by an accident arising out of and in the course of his employment”. Section 4(2) states that federal employees are entitled to compensation as provided for workers under provincial jurisdiction who are “caused personal injuries in that province by accidents arising out of and in the course of their employment”. This mirroring of the language suggests that federal employees receive compensation in the same circumstances as fellow workers in the province where they work for injuries caused by an accident “arising out of and in the course of . . . employment”.

[26] Section 4(3) provides that “[c]ompensation under subsection (1) shall be determined by . . . the same board, officers or authority as is or are established by the law of the province for determining compensation for [workers under provincial jurisdiction]”. As with s. 4(2), this provision contemplates that boards or authorities may determine compensation differently from province to province.

[27] Thus, the text of the *GECA* suggests that s. 4(1) does not set out a complete test for eligibility for compensation. Section 4(1) simply states that federal workers injured in accidents on the job are to be compensated subject to the *GECA*. The broad and open-ended definition of “accident” in s. 2 does not assist in determining the boundaries of entitlement. It is far more likely that Parliament intended to rely on provincial laws defining the scope of “accident” to provide some certainty. The authority granted in s. 4(2) and (3) is itself strongly indicative of such a role. According to s. 4(2), federal workers are entitled to the rates and conditions of compensation determined according to provincial law. And in s. 4(3), the *GECA* clearly delegates to the provincial boards the actual *determination* of compensation under s. 4(1). Provincial institutions and laws thus provide the structure and boundaries necessary to determine whether and how much compensation is to be paid to federal employees.

Aux termes du par. 4(1), les agents de l'État fédéral touchent une indemnité s'ils sont « blessés dans un accident survenu par le fait ou à l'occasion de leur travail ». Le paragraphe 4(2) énonce que les agents de l'État fédéral ont droit à l'indemnité prévue par la législation de la province en matière d'indemnisation des travailleurs sous responsabilité provinciale qui sont « blessés dans la province dans des accidents survenus par le fait ou à l'occasion de leur travail ». Cette correspondance des énoncés laisse entendre que les agents de l'État fédéral sont indemnisés dans les mêmes circonstances que les autres travailleurs de la province où ces agents exercent leurs fonctions, lorsqu'ils sont blessés dans un accident « survenu par le fait ou à l'occasion de leur travail ».

[26] Le paragraphe 4(3) dispose que « [l]'indemnité est déterminée [. . .] par l'autorité — personne ou organisme — compétente en la matière, pour les travailleurs [qui relèvent de la compétence provinciale] dans la province ». Cette disposition, comme le par. 4(2), prévoit la possibilité que les autorités compétentes procèdent différemment à la détermination de l'indemnité d'une province à l'autre.

[27] Ainsi, le texte de la *LIAÉ* laisse entendre que le par. 4(1) n'établit pas de critère complet en matière d'admissibilité à l'indemnité; il énonce simplement que les travailleurs fédéraux blessés dans un accident du travail sont indemnisés sous réserve des autres dispositions de la *LIAÉ*. La définition large et non limitative du terme « accident » formulée à l'art. 2 ne permet pas de circonscrire le droit à l'indemnité. Il est beaucoup plus probable que le législateur ait voulu s'en remettre à la législation provinciale en ce qui a trait à la teneur de la définition du terme « accident » pour apporter un certain degré de certitude. Ce rôle ressort clairement du pouvoir conféré aux par. 4(2) et (3). Aux termes du par. 4(2), les travailleurs fédéraux ont droit à l'indemnité aux taux et conditions que fixe la législation provinciale et, au par. 4(3), la *LIAÉ* délègue clairement à l'autorité provinciale la responsabilité de *déterminer* l'indemnité visée au par. 4(1). Les institutions et les lois provinciales fournissent donc la structure et les balises qui permettent de déterminer s'il y a lieu de verser une indemnité à un agent de l'État fédéral et, dans l'affirmative, d'en fixer le montant.

(b) *Legislative Purpose*

[28] The history of the text of the *GECA* as well as Parliament's stated intentions clearly demonstrate that Parliament's purpose in enacting the *GECA* was to rely on provincial laws and provincial boards to determine federal workers' compensation claims, except where the *GECA* clearly conflicts with provincial legislation.

[29] The *GECA*'s predecessor statute was enacted in 1918: *An Act to provide Compensation where Employees of His Majesty are killed or suffer injuries while performing their duties*, S.C. 1918, c. 15. According to s. 1(1) of the initial Act, both "the liability for and the amount of such compensation" were to be determined under provincial law and by provincial authorities:

1. (1) An employee in the service of His Majesty who is injured, and the dependents of any such employee who is killed, shall be entitled to the same compensation as the employee, or as the dependent of a deceased employee, of a person other than His Majesty would, under similar circumstances, be entitled to receive under the law of the province in which the accident occurred, and the liability for and the amount of such compensation shall be determined in the same manner and by the same Board, officers or authority, as that established by the law of the province for determining compensation in similar cases, or by such other Board, officers or authority or by such court as the Governor in Council shall from time to time direct.

[30] Indeed, the Minister responsible for the initial Act described it as ensuring that "[i]n case of injury, an employee of the Government railway will be in exactly the same position in regard to compensation as would the employee of a railway company" (Hon. J. D. Reid, *House of Commons Debates*, vol. 132, 1st Sess., 13th Parl., April 16, 1918, at p. 812 (emphasis added)).

b) *Objet de la loi*

[28] L'historique législatif de la *LIAÉ* et les déclarations d'intention du législateur démontrent sans équivoque qu'il souhaitait, par l'adoption de ce texte de loi, s'en rapporter aux lois et aux autorités provinciales pour le règlement des demandes d'indemnisation des agents de l'État fédéral, exception faite des cas où la *LIAÉ* entre clairement en conflit avec la législation provinciale.

[29] La loi antérieure à la *LIAÉ* avait été édictée en 1918; elle s'intitulait *Loi ayant pour objet d'accorder une indemnité lorsque des employés de Sa Majesté sont tués ou blessés dans l'exécution de leurs devoirs*, S.C. 1918, ch. 15. Aux termes du par. 1(1) de cette loi, « et la responsabilité et le chiffre de pareille indemnité » devaient être déterminés en application de la loi provinciale par les autorités provinciales :

1. (1) Un employé dans le service de Sa Majesté qui est blessé, et les dépendants de tout pareil employé qui est tué, doivent avoir droit à la même indemnité que celle que l'employé, ou que le dépendant d'un employé décédé, d'une personne autre que Sa Majesté aurait eu droit de recevoir, dans les mêmes circonstances, en vertu de la loi de la province où s'est produit l'accident, et la responsabilité et le chiffre de pareille indemnité doivent être déterminés en la même manière, et par la même Commission ou autorité, ou les mêmes officiers qu'établis par la loi de la province pour déterminer l'indemnité dans les cas semblables, ou par telle autre Commission ou autorité, ou tels autres officiers, ou par telle cour que le Gouverneur en conseil peut de temps à autre prescrire.

[30] D'ailleurs, le ministre responsable de cette loi a indiqué qu'elle visait à garantir que « [s]'il est blessé, un employé du chemin de fer du Gouvernement se trouvera exactement dans la même position, quant à l'indemnité, que celle où serait placé l'employé d'une compagnie de chemin de fer ordinaire » (l'hon. J. D. Reid, *Débats de la Chambre des communes*, vol. 132, 1<sup>re</sup> sess., 13<sup>e</sup> lég., 16 avril 1918, p. 857 (je souligne)).

[31] In 1947, the words “the liability for” were replaced by the phrase “the right to” compensation (S.C. 1947, c. 18, s. 3(1)). Both phrases plainly refer to a worker’s entitlement to, or eligibility for, compensation. The definition of “accident” was also added at that time — without any particular discussion in Parliament.

[32] In 1955, the present phrase was adopted, stating that federal employees are to receive compensation “at the same rate and under the same conditions” as are provided under the law of the province where the employee is usually employed (S.C. 1955, c. 33, s. 2). During first reading of these amendments, the Minister responsible stated:

The proposed amendments provide that the entitlement to and rates of compensation payable to an employee under the act shall be determined in accordance with and under the same circumstances as are provided under the law of the province where the employee is usually employed . . . . [Emphasis added.]

(Hon. M. F. Gregg, *House of Commons Debates*, vol. II, 2nd Sess., 22nd Parl., February 28, 1955, at p. 1561)

[33] The phrase “under the same conditions” appears to have directly replaced the earlier references to “the liability for” and “the right to” compensation. And as the legislative debates made clear, these were to be determined by provincial law and adjudicative bodies.

[34] In providing that provincial law and authorities were to determine compensation for federal government workers, Parliament expressly recognized that “[c]laims arising from accidents or otherwise are handled differently according to the provinces” (Hon. L. Chevrier, *House of Commons Debates*, vol. II, 3rd Sess., 20th Parl., March 27, 1947, at p. 1824) and that “[t]he right to compensation and the amount of it in each case are decided

[31] En 1947, les mots « la responsabilité » ont été remplacés par les mots « le droit à » (S.C. 1947, ch. 18, par. 3(1)). Les deux énoncés renvoient clairement au droit ou à l’admissibilité d’un travailleur à l’indemnité. Le terme « accident » y était défini pour la première fois à cette époque, sans débat particulier en Chambre à ce sujet.

[32] En 1955, la proposition actuelle a été adoptée, aux termes de laquelle l’agent de l’État fédéral est en droit de recevoir une indemnité « au taux et aux conditions » que prévoit la législation de la province où l’employé est ordinairement occupé (S.C. 1955, ch. 33, art. 2). Le ministre responsable a tenu les propos suivants lors des débats en première lecture concernant de telles modifications :

Les modifications envisagées portent que le droit à l’indemnité et le taux d’indemnisation seront déterminés selon les modalités prévues à la loi appliquée dans la province où l’employé travaille habituellement. [Je souligne.]

(L’hon. M. F. Gregg, *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 2<sup>e</sup> sess., 22<sup>e</sup> lég., 28 février 1955, p. 1648)

[33] Les mots « aux conditions » semblent s’être substitués directement aux termes « la responsabilité » et « le droit à » que comportait auparavant le texte de loi. Les débats en Chambre indiquent clairement que ces éléments étaient déterminés par les autorités provinciales en fonction de la législation provinciale.

[34] En prévoyant que la législation provinciale s’applique et que les autorités provinciales ont compétence pour déterminer l’indemnité applicable aux travailleurs du gouvernement fédéral, le législateur a expressément reconnu que « [l]es réclamations en cas d’accidents ou pour d’autres causes sont traitées différemment selon les provinces » (l’hon. L. Chevrier, *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 3<sup>e</sup> sess., 20<sup>e</sup> lég., 27 mars 1947, p. 1818) et

by the provincial workmen's compensation board under the statute of the province concerned" (Hon. M. F. Gregg, *House of Commons Debates*, vol. II, 6th Sess., 21st Parl., May 7, 1952, at p. 1974 (emphasis added)).

[35] In short, the legislative history of the *GECA* and statements of parliamentary purpose demonstrate that the intent has remained consistent since 1918: both eligibility for and the rate of compensation are to be determined according to provincial law.

(c) *Conflicts Between the GECA and Provincial Legislation*

[36] As can be seen from the legislative history, Parliament also intended to enact specific exceptions to its reliance on provincial law.

[37] For example, in 1947, Parliament amended the *GECA* to provide coverage for pulmonary tuberculosis contracted in a government hospital or sanatorium, which was not covered at the time under provincial legislation. During a debate in the House of Commons, the Minister responsible for the amendments referred several times to Parliament's *general* intention "to accept the decisions of the provincial boards of what is an accident and what is an industrial disease" in order to avoid setting up a separate federal authority to adjudicate claims (Hon. L. Chevrier, *House of Commons Debates*, vol. II, 3rd Sess., 20th Parl., March 31, 1947, at p. 1892). However he affirmed that the amendment "introduces a new principle" and that the new section "provides something which no other provincial act, save perhaps one, does" (pp. 1894 and 1896).

que « [c]'est la commission provinciale des accidents du travail qui décide, sous le régime de la loi provinciale, du droit à l'indemnité et du montant à verser, dans chaque cas » (l'hon. M. F. Gregg, *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 6<sup>e</sup> sess., 21<sup>e</sup> lég., 7 mai 1952, p. 2103 (je souligne)).

[35] Bref, l'historique législatif de la *LIAÉ* et les déclarations d'intention du législateur démontrent que l'intention n'a pas varié depuis 1918 : l'admissibilité à l'indemnité et le taux d'indemnisation sont tous deux déterminés conformément à la législation provinciale.

c) *Conflicts entre la LIAÉ et la législation provinciale*

[36] Il ressort de l'historique législatif que le législateur entendait également assortir d'exceptions précises l'application de la législation provinciale.

[37] Par exemple, des modifications apportées en 1947 à la *LIAÉ* prévoyaient le versement de l'indemnité dans les cas de tuberculose pulmonaire contractée dans un hôpital ou un sanatorium dirigé par le gouvernement. Cette affection était exclue à l'époque par les lois provinciales. Au cours des débats à la Chambre des communes, le ministre qui présentait les modifications a fait état à plusieurs reprises de l'intention *générale* de « nous en remettre aux décisions des commissions provinciales quant à la définition d'un accident ou d'une maladie industrielle » afin d'éviter de constituer une autorité fédérale distincte chargée de statuer sur les demandes d'indemnisation (l'hon. L. Chevrier, *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 3<sup>e</sup> sess., 20<sup>e</sup> lég., 31 mars 1947, p. 1886). Il a toutefois déclaré que la modification « applique le principe d'indemnisation de manière à inclure les personnes atteintes de tuberculose pulmonaire » et que le nouvel article « renferme une disposition qui ne se trouve dans aucune loi provinciale, sauf peut-être une » (p. 1888 et 1891).



[38] Potential conflicts between the *GECA* and provincial workers' compensation legislation were discussed in *Cape Breton Development Corp. v. Morrison Estate*, 2003 NSCA 103, 218 N.S.R. (2d) 53, leave to appeal refused, [2004] 1 S.C.R. vii.

[39] The issue in *Morrison* was whether a “benefit of the doubt” presumption in the Nova Scotia workers' compensation legislation applied to workers who fell under the *GECA*. The Nova Scotia Court of Appeal held that the presumption with respect to causation in the provincial Act applied to federal workers as well. The court held that there was no conflict between the two statutes, as there was no language in the *GECA* to exclude federal workers from the benefit of such a presumption (para. 45).<sup>3</sup> The court adopted the Attorney General of Canada's description of the legislative landscape, concluding that:

The provincial workers' compensation scheme governs claims submitted under *GECA* provided that:

- (a) the provision in issue is reasonably incidental to a “rate” or “condition” governing compensation under the law of the province, and
- (b) the provision is not otherwise in conflict with *GECA*. [para. 68]

I agree. Where a direct conflict between the provincial law and the *GECA* exists, the *GECA* will

<sup>3</sup> In a similar case, *McLellan v. Workers' Compensation Appeals Tribunal*, 2003 NSCA 106, 218 N.S.R. (2d) 176, a provincial presumption of causation benefitting miners seeking compensation was held to also apply to federal workers. Both provisions were “reasonably incidental” to the issue of compensation under the law of the province, and were not otherwise in conflict with the *GECA* (para. 30).

[38] La question des conflits potentiels entre la *LIAÉ* et les lois provinciales sur les accidents du travail a été examinée dans *Cape Breton Development Corp. c. Morrison Estate*, 2003 NSCA 103, 218 N.S.R. (2d) 53, autorisation d'appel refusée, [2004] 1 R.C.S. vii.

[39] Dans *Morrison*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse devait déterminer si une présomption prévue par la loi provinciale sur les accidents du travail et accordant le [TRADUCTION] « bénéfice du doute » s'appliquait aux travailleurs visés par la *LIAÉ*. Elle a statué que cette présomption en matière de causalité s'appliquait aussi aux travailleurs fédéraux. Il n'y avait pas conflit entre les lois, selon elle, car rien dans le libellé de la *LIAÉ* n'empêchait les travailleurs fédéraux de bénéficier de l'application d'une telle présomption (par. 45)<sup>3</sup>. Faisant sienne la description que fait le procureur général du Canada du paysage législatif, elle a conclu ainsi :

[TRADUCTION]

Le régime provincial en matière d'accidents du travail s'applique aux demandes d'indemnisation présentées en vertu de la *LIAÉ* lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- a) la disposition en cause peut raisonnablement se rattacher à un « taux » ou à une « condition » applicable à l'indemnisation en vertu de la législation de la province,
- b) la disposition n'entre pas par ailleurs en conflit avec la *LIAÉ*. [par. 68]

Je partage son avis. Lorsqu'une disposition ou une politique provinciale entre directement en

<sup>3</sup> Dans l'affaire similaire *McLellan c. Workers' Compensation Appeals Tribunal*, 2003 NSCA 106, 218 N.S.R. (2d) 176, une présomption en matière de causalité établie au profit des travailleurs miniers a été déclarée applicable également aux travailleurs fédéraux. Les deux dispositions pouvaient [TRADUCTION] « raisonnablement se rattacher » à l'indemnisation visée par la loi provinciale et n'entraient pas par ailleurs en conflit avec la *LIAÉ* (par. 30).

prevail, rendering that aspect of the provincial law or policy inapplicable to federal workers.<sup>4</sup> Otherwise, the provincial workers' compensation scheme prevails. In either case, provincial boards and authorities will be responsible for adjudicating the claim.

[40] Given the broad delegation of the determination of eligibility to the provincial level, conflicts between provincial law and the *GECA* with respect to eligibility will generally only arise in situations where the *GECA* regime has specifically included or excluded matters from compensation in a way that is in conflict with the relevant provincial law, as for example occurred in the case of pulmonary tuberculosis.

E. *The Interpretation of "Accident": Did the Provincial Policy Conflict With the GECA?*

[41] Given my conclusion that provincial law applies, except to the extent it is in conflict with the *GECA*, the second issue is whether the provincial Policy conflicted with the definition of "accident" in s. 2 of the *GECA*. Specifically, was it reasonable for the Commission to apply the Alberta Policy criteria to determine whether the chronic onset stress was caused by an accident arising out of and in the course of employment? Or did the Policy necessarily conflict with the *GECA*?

(1) Submissions of the Parties

[42] The appellant submits that the *GECA*'s definition of "accident" is broad and inclusive and cannot be limited by provincial law or policy. To interpret "accident" as requiring excessive or unusual

<sup>4</sup> For example, in the case of the pulmonary tuberculosis amendment, which was followed by a regulation implementing the change (*The Government Employees Compensation Regulations 1948 (Pulmonary Tuberculosis)*, SOR/48-573), a provincial WCB could not deny compensation to federal employees for injury due to pulmonary tuberculosis even if the provincial legislation explicitly excluded such coverage, as this would be in conflict with the *GECA*.

conflit avec la *LIAÉ*, cette dernière prime et rend inapplicable la disposition ou la politique provinciale aux travailleurs fédéraux<sup>4</sup>. En l'absence de conflit, le régime provincial en matière d'accidents du travail s'applique. Quoi qu'il en soit, les autorités provinciales compétentes constituent les instances décisionnelles.

[40] Le pouvoir de statuer en matière d'admissibilité ayant été largement délégué à l'échelon provincial, les conflits entre la *LIAÉ* et la législation provinciale ne surgissent habituellement que lorsque le régime établi par la *LIAÉ* prévoit expressément l'inclusion ou l'exclusion d'éléments particuliers, incompatibles avec la législation provinciale applicable, comme ce fut le cas, par exemple, pour la tuberculose pulmonaire.

E. *L'interprétation du terme « accident » : Y a-t-il un conflit entre la Politique et la LIAÉ?*

[41] Ayant conclu à l'applicabilité de la législation provinciale dans la mesure où elle n'entre pas en conflit avec la *LIAÉ*, je passe à la deuxième question, à savoir si la Politique entre en conflit avec la définition du terme « accident » énoncée à l'art. 2 de la *LIAÉ*. Plus précisément, il faut se demander si la décision de la Commission d'appliquer les critères énumérés à la Politique pour déterminer si le stress chronique résultait d'un accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail était raisonnable. Ou encore, la Politique entrerait-elle forcément en conflit avec la *LIAÉ*?

(1) Arguments des parties

[42] L'appelant soutient que la définition large et extensive du terme « accident » prévue dans la *LIAÉ* ne saurait être limitée par une loi ou une politique provinciale. Assortir l'interprétation du terme

<sup>4</sup> Par exemple, les autorités provinciales compétentes n'auraient pu, dans le cas de la modification touchant la tuberculose pulmonaire, laquelle a été suivie d'un règlement pris pour la mettre en œuvre (*Règlements concernant l'indemnisation des employés de l'État, 1948 (Tuberculose pulmonaire)*, DORS/48-573), rejeter une demande d'indemnisation présentée par un agent de l'État fédéral et fondée sur cette maladie même si la loi provinciale l'excluait expressément du régime, parce qu'il y aurait alors eu conflit avec la *LIAÉ*.

workplace events is inconsistent with the broad definition of “accident” under the *GECA*. The Policy unreasonably and unfairly imposes a stricter causative requirement on those suffering from psychological injuries than on those suffering from physical injuries.

[43] The respondent the WCB argues that the provincial Policy does not change or add extra requirements to the definition of “accident” in the *GECA*. Instead, it provides guidance in determining whether an accident, as defined in both the Alberta *WCA* and the *GECA*, has occurred and, if so, whether it arose out of and in the course of employment.

[44] The respondent the Attorney General of Canada contends that Parliament left considerable room for provincial law to determine the specific circumstances under which an injury is compensable and the factors to be considered in this decision.

(2) Analysis

(a) *The Relationship Between the GECA and the WCA*

[45] The *GECA* provided no definition for the term “accident” until 1947, even though the requirement that the employee’s injury be caused by an “accident arising out of and in the course of his employment” had been present in the legislation since 1931 (S.C. 1931, c. 9, s. 2).

[46] The definition of “accident” in the Alberta legislation is substantially the same as the definition in the *GECA*. Both include accidents arising out of and in the course of employment (see s. 4(1) of the *GECA* and the definition of “accident” in s. 1(1) of the *WCA*). Both include “a wilful and intentional act” of someone other than the claimant and a “fortuitous” or “chance” “event occasioned by a physical or natural cause” (see the definitions of “accident” in s. 2 of the *GECA* and s. 1(1) of the *WCA*).

« accident » d’une exigence relative à l’existence d’événements excessifs ou inusités liés au travail va à l’encontre de la définition large qui figure à la *LIAÉ*. La Politique impose une exigence déraisonnable et inéquitable en matière de causalité plus stricte pour les personnes ayant des atteintes psychologiques que pour celles dont les atteintes sont physiques.

[43] Selon le WCB, intimé en l’espèce, la Politique ne modifie pas la définition du terme « accident » énoncée à la *LIAÉ*, pas plus qu’elle ne l’assortit de critères supplémentaires. Elle balise plutôt l’appréciation permettant de déterminer si un accident au sens de la *WCA* et de la *LIAÉ* est survenu et, dans l’affirmative, s’il est survenu par le fait ou à l’occasion du travail.

[44] Le procureur général du Canada, intimé en l’espèce, soutient que le législateur a laissé une grande latitude aux provinces pour déterminer dans quelles circonstances précises un travailleur blessé pourra être indemnisé et les facteurs entrant en ligne de compte.

(2) Analyse

a) *Le rapport entre la LIAÉ et la WCA*

[45] Même si, déjà en 1931 (S.C. 1931, ch. 9, art. 2), l’exigence suivant laquelle l’employé devait être blessé par un « accident provenant et dans le cours de son emploi » figurait dans la *LIAÉ*, ce n’est qu’en 1947 que le terme « accident » y a été défini.

[46] La définition du terme « accident » formulée par le législateur albertain ressemble essentiellement à celle qui figure dans la *LIAÉ*. Les deux lois s’appliquent aux accidents survenus par le fait ou à l’occasion du travail (voir le par. 4(1) de la *LIAÉ* et la définition d’« accident » au par. 1(1) de la *WCA*) et, dans les deux cas, il s’entend notamment d’un « acte délibéré » accompli par une autre personne que le demandeur et d’un « événement fortuit ayant une cause physique ou naturelle » (voir les définitions du mot « accident » à l’art. 2 de la *LIAÉ* et au par. 1(1) de la *WCA*).

[47] The Alberta legislation, like all provincial workers' compensation legislation, contemplates the consistent adjudication of claims through the application of policies.<sup>5</sup> Section 13.2(6)(b) of the Alberta *WCA* states that the Appeals Commission "is bound by the board of directors' policy relating to the matter under appeal". In effect, the Alberta policies govern the interpretation and application of the *WCA*.

(b) *The Specific Policy in Issue*

[48] The WCB has adopted specific policies to guide decision making on the acceptance of certain medical conditions. The Policy identifies the circumstances under which a psychiatric or psychological disability is compensable. No one has suggested that the Alberta Policy is *ultra vires* the *WCA*. The Policy defines the parameters of an "accident" as related to claims for chronic onset stress by identifying four criteria which must be met in order to establish eligibility for compensation:

5 B.C. *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492, s. 99(2); Alberta *WCA*, ss. 8(3)(c) and (d) and 13.2(6); Saskatchewan *Workers' Compensation Act*, 2013, S.S. 2013, c. W-17.11, s. 23(2); Manitoba *Workers Compensation Act*, C.C.S.M., c. W200, s. 51.1(1)(a); Ontario *Workplace Safety and Insurance Act*, 1997, S.O. 1997, c. 16, Sched. A, ss. 126 and 161; Quebec *An Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, CQLR, c. A-3.001, ss. 382 and 454; New Brunswick *Workplace Health, Safety and Compensation Commission Act*, S.N.B. 1994, c. W-14, s. 7(f); Nova Scotia *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, c. 10, s. 183; P.E.I. *Workers Compensation Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. W-7.1, s. 30(1); Newfoundland and Labrador *Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, c. W-11, s. 5(1)(a); Northwest Territories *Workers' Compensation Act*, S.N.W.T. 2007, c. 21, s. 91(3); Yukon *Workers' Compensation Act*, S.Y. 2008, c. 12, ss. 3 "policy" and 18; Nunavut *Workers' Compensation Act*, S.Nu. 2007, c. 15, s. 31(2).

[47] La *WCA* de l'Alberta, comme toutes les autres lois provinciales sur l'indemnisation des accidents du travail, pourvoit au règlement uniforme des demandes d'indemnisation par l'application de politiques<sup>5</sup>. Elle énonce, à l'al. 13.2(6)(b), que la Commission d'appel [TRADUCTION] « est liée par les politiques du conseil d'administration se rapportant à la question faisant l'objet de l'appel ». En fait, les politiques albertaines régissent l'interprétation et l'application de la *WCA*.

b) *La Politique en cause*

[48] Le WCB a adopté des politiques particulières pour encadrer le processus décisionnel applicable aux demandes fondées sur certains troubles médicaux. La Politique précise dans quelles circonstances une invalidité d'ordre psychiatrique ou psychologique donne ouverture à indemnisation. Nul n'a soutenu que la Politique ne relève pas des pouvoirs conférés par la *WCA*. Elle précise ce qui constitue un « accident » dans le contexte d'une demande d'indemnisation pour stress chronique en énumérant quatre critères auxquels il doit être satisfait pour que le droit à l'indemnité soit reconnu :

5 *Workers Compensation Act* de la C.-B., R.S.B.C. 1996, ch. 492, par. 99(2); *WCA* de l'Alberta, al. 8(3)(c) et (d) et par. 13.2(6); *Workers' Compensation Act*, 2013 de la Saskatchewan, S.S. 2013, ch. W-17.11, par. 23(2); *Loi sur les accidents du travail* du Manitoba, C.P.L.M., ch. W200, al. 51.1(1)(a); *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail* de l'Ontario, L.O. 1997, ch. 16, ann. A, art. 126 et 161; *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* du Québec, RLRQ, ch. A-3.001, art. 382 et 454; *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail* du Nouveau-Brunswick, L.N.-B. 1994, ch. W-14, al. 7f); *Workers' Compensation Act* de la Nouvelle-Écosse, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 183; *Workers Compensation Act* de l'Î.-P.-É., R.S.P.E.I. 1988, ch. W-7.1, par. 30(1); *Workplace Health, Safety and Compensation Act* de Terre-Neuve-et-Labrador, R.S.N.L. 1990, ch. W-11, al. 5(1)(a); *Loi sur l'indemnisation des travailleurs* des Territoires du Nord-Ouest, L.T.N.-O. 2007, ch. 21, par. 91(3); *Loi sur les accidents du travail* du Yukon, L.Y. 2008, ch. 12, art. 3 « politique » et 18; *Loi sur l'indemnisation des travailleurs* du Nunavut, L.Nu. 2007, ch. 15, par. 31(2).

11. *When does WCB accept claims for chronic onset stress?*

As with any other claim, WCB investigates the causation to determine whether the claim is acceptable. Claims for this type of injury are eligible for compensation only when *all* of the following criteria are met:

- there is a confirmed psychological or psychiatric diagnosis . . .
- the work-related events or stressors are the predominant cause of the injury; . . .
- the work-related events are excessive or unusual in comparison to the normal pressures and tensions experienced by the average worker in a similar occupation, and
- there is objective confirmation of the events.

In addition to the duties reasonably expected by the nature of the worker's occupation, normal pressures and tensions include, for example, interpersonal relations and conflicts, health and safety concerns, union issues, and routine labour relations actions taken by the employer, including workload and deadlines, work evaluation, performance management (discipline), transfers, changes in job duties, lay-offs, demotions, terminations, and reorganizations, to which all workers may be subject from time to time. [pp. 5-6]

[49] In my view, to interpret "accident" to require excessive or unusual workplace events is not inconsistent with the broad definition of "accident" in s. 2 of the *GECA*, which "includes a wilful and an intentional act, not being the act of the employee, and a fortuitous event occasioned by a physical or natural cause". The definition of "accident" sets out a minimum content, but is neither exhaustive nor limiting. It is permissive and flexible, consistent with Parliament's intention to delegate the administration of workers' compensation to the provincial agencies. As the intervener the Workers' Compensation Board of British Columbia pointed out, neither the *GECA* nor the *WCA* definition of

[TRANSLATION]

11. *Dans quelles circonstances le WCB accepte-t-il les demandes d'indemnisation pour stress chronique?*

Comme il le fait à l'égard de toute demande, le WCB examine la cause pour déterminer si la demande est recevable. Les demandes d'indemnisation fondées sur ce type d'atteinte ne sont admissibles que lorsqu'il est satisfait à *l'ensemble* des critères suivants :

- un diagnostic psychologique ou psychiatrique a été établi . . .
- les événements ou facteurs de stress liés au travail sont la cause prédominante de l'atteinte . . .
- les événements liés au travail sont excessifs ou inusités par rapport aux pressions et tensions normales auxquelles le travailleur moyen occupant un emploi semblable est assujetti,
- les événements ont été confirmés de manière objective.

Outre les fonctions pouvant raisonnablement se rattacher à la nature du travail en cause, les pressions et tensions normales s'entendent, par exemple, des relations et conflits interpersonnels, des préoccupations en matière de santé et sécurité, des questions syndicales et des mesures courantes de gestion des relations de travail prises par l'employeur, notamment la charge de travail et les délais, l'évaluation du travail, la gestion du rendement (discipline), les mutations, la modification des fonctions, les mises à pied, les rétrogradations, les licenciements et les réorganisations, susceptibles d'être imposées à tous les travailleurs à un moment donné. [p. 5-6]

[49] Selon moi, assortir l'interprétation du terme « accident » d'une exigence relative à l'existence d'événements excessifs ou inusités liés au travail ne va pas à l'encontre de la définition large de ce terme qui figure à l'art. 2 de la *LIAÉ*, suivant laquelle « [s]ont assimilés à un accident tout fait résultant d'un acte délibéré accompli par une autre personne que l'agent de l'État ainsi que tout événement fortuit ayant une cause physique ou naturelle ». La définition d'« accident » énonce les éléments de base qui la composent; elle n'est ni exhaustive ni restrictive. Il s'agit plutôt d'une définition ouverte et souple, qui témoigne de l'intention du législateur de déléguer aux autorités provinciales

“accident” provides guidance as to when an accident or injury is, in fact, *caused by* the worker’s employment. Provincial law supplements the federal Act with structure and specificity.

[50] In this case, the province required excessive or unusual events for psychological stress claims and objective confirmation of those events. The requirements simply reflect Alberta’s interpretation of “accident” in the context of psychological stress claims. Under a no-fault compensation scheme, what constitutes an “accident” cannot be solely dependent on the worker’s subjective view of events. An event triggering a physical injury will often be easier to identify than one giving rise to a mental injury. Alberta’s enactment of a policy which defines a workplace “accident” causing mental injury is not unreasonable.

[51] Workers’ compensation schemes in Canada follow the Meredith model, a “historic trade-off” under which workers lose their cause of action against their employers for workplace injuries, but gain coverage under a no-fault insurance scheme (*Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53, at para. 29, citing *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers’ Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 25). Employers are forced to contribute to the scheme, but are freed from potentially crippling liability. These schemes provide guaranteed compensation for injuries arising from industrial diseases or accidents (*Marine Services*, at para. 30).

[52] As was pointed out in *Canada Post*, the disparity in entitlements between federal workers in different provinces which arises from the scheme

l’administration du régime d’indemnisation. Comme le Workers’ Compensation Board de la Colombie-Britannique l’a souligné dans son intervention, ni la définition d’« accident » énoncée à la *LIAÉ* ni celle qui figure à la *WCA* n’indiquent quand un accident ou une atteinte est effectivement *causé par* le travail. La législation de chaque province complète la Loi fédérale en fait de structure et de spécificité.

[50] En l’espèce, la province exigeait, pour accepter la demande d’indemnisation pour stress psychologique, des événements excessifs ou inusités et la confirmation objective de ces événements. Ces exigences témoignent simplement de l’interprétation qu’a donnée l’Alberta du terme « accident » dans le contexte des demandes fondées sur le stress psychologique. Ce qui constitue un « accident » dans le cadre d’un régime d’indemnisation sans égard à la faute ne saurait dépendre de la seule perception subjective du travailleur. Il est souvent plus facile de reconnaître l’événement qui a entraîné une atteinte physique que celui qui a provoqué une atteinte psychologique. Il n’était pas déraisonnable pour l’Alberta d’établir une politique définissant l’« accident » de travail causant une atteinte psychologique.

[51] Au Canada, les régimes d’indemnisation des travailleurs suivent le modèle proposé par sir W. R. Meredith, procédant du « compromis historique » en vertu duquel les travailleurs sont privés d’une cause d’action contre leur employeur en cas d’accident du travail, mais bénéficient d’un régime d’indemnisation sans égard à la faute (*Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53, par. 29, citant *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers’ Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 25). Les employeurs sont obligés de cotiser au régime, mais ils échappent à une responsabilité potentiellement écrasante. Ces régimes garantissent une indemnisation aux travailleurs blessés dans un accident du travail ou atteints de maladies professionnelles (*Marine Services*, par. 30).

[52] Comme la Cour d’appel de l’Ontario l’a indiqué dans *Canada Post*, il n’est pas [TRADUCTION] « incompatible avec les principes du fédéralisme »

of the *GECA* is not “inconsistent with the principles of federalism” (p. 105). The plan carried out through the *GECA* is cooperative federalism at work. Provincial policies may define eligibility for compensation differently, but Parliament intended this flexibility. The *GECA*'s open-ended definition of “accident” enables this flexibility; it does not curtail it.

[53] Finally, the appellant relied on the values in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to argue that the definition of “accident” must be interpreted in a way that does not impose additional causality burdens on claimants for mental health injuries as compared to claimants for physical injuries. However, the constitutionality of the provisions was not challenged before this Court. For this Court to make a determination based on *Charter* values would in effect be to decide a *Charter* challenge to the Policy without a proper record.

[54] For these reasons, the Commission was entitled to conclude that there is no conflict between the definition of “accident” under the *GECA* and the Policy's requirement that chronic stress arise as a result of “excessive or unusual” events where “there is objective confirmation”.

F. *Was the Denial of the Claim in This Case Reasonable?*

[55] The third and final issue on appeal, then, is whether the Commission's application of the Policy to the appellant's claim was reasonable. There is no dispute that the appellant met the first two Policy criteria: there was a confirmed psychological or psychiatric diagnosis, and the work-related events or stressors were the predominant cause of the injury.

[56] The parties' dispute is with respect to the last two criteria of the Policy, at p. 5:

que les droits des travailleurs fédéraux diffèrent selon les provinces par le jeu du régime établi par la *LIAÉ* (p. 105). Ce régime représente le fédéralisme coopératif en action. Il se peut que les provinces prévoient des règles d'admissibilité différentes, pourtant le législateur voulait pareille souplesse. La définition non limitative du terme « accident » prévue dans la *LIAÉ* ne restreint pas cette souplesse, elle la rend possible.

[53] Enfin, l'appelant invoque les valeurs de la *Charte canadienne des droits et libertés* à l'appui de son argument qu'il faut interpréter le terme « accident » de manière à ne pas imposer un fardeau supérieur en matière de causalité aux demandeurs victimes d'une atteinte psychologique qu'à ceux qui ont une atteinte physique. Cependant, on n'a pas contesté devant nous la constitutionnalité des dispositions en cause. Si notre Cour tranchait le litige sur le fondement des valeurs de la *Charte*, elle se prononcerait en fait sur une contestation de la Politique fondée sur la *Charte* sans disposer du dossier voulu.

[54] Pour les motifs qui précèdent, la Commission pouvait conclure à l'absence de conflit entre la définition d'« accident » énoncée à la *LIAÉ* et l'exigence prévue à la Politique voulant que le stress chronique découle d'événements [TRADUCTION] « excessifs ou inusités » s'ils « ont été confirmés de manière objective ».

F. *Le rejet de la demande était-il raisonnable en l'espèce?*

[55] Enfin, la troisième et dernière question soulevée par le présent pourvoi est celle de savoir s'il était raisonnable pour la Commission d'appliquer la Politique à la demande de l'appelant. Nul ne conteste qu'il était satisfait aux deux premiers critères prévus dans la Politique. Un diagnostic psychologique ou psychiatrique avait été porté, et les événements ou facteurs de stress liés au travail étaient la cause prédominante de l'atteinte.

[56] Le litige concerne les deux derniers critères de la Politique, p. 5 :

[TRADUCTION]

- the work-related events are excessive or unusual in comparison to the normal pressures and tensions experienced by the average worker in a similar occupation, and
- there is objective confirmation of the events.

[57] With respect to the third criterion, that the events must be excessive or unusual, the appellant argues that the Commission wrongly found the letter to be the “predominant cause” of the appellant’s condition (A.F., at para. 85, quoting the Commission’s decision, at para. 28). By not taking into account the culmination of a series of events, the Commission failed to fully account for his situation.

[58] However, the Commission explicitly acknowledged in its analysis “that the stressful factors arising from the work situation included, for example, health and safety concerns, interpersonal relations and conflicts in the workplace, compliance deadlines, performance management and the employer’s direction that the worker comply with a request for disclosure under the *Access to Information Act*” (para. 29). The Commission noted that such factors fall under the Policy’s description of normal pressures and tensions and therefore do not qualify as excessive or unusual.

[59] Given the record, and the way in which the claim was presented, it was open to the Commission to find that the “predominant cause” of Martin’s psychological injury was his reaction to a letter from his employer requesting compliance with an access to information request, and that such a request was not unusual in terms of normal pressures and tensions in a similar occupation (paras. 28 and 30).

[60] I do not agree with the appellant that the Commission unreasonably interpreted the list of “normal pressures and tensions” in the Alberta

- les événements liés au travail sont excessifs ou inusités par rapport aux pressions et tensions normales auxquelles le travailleur moyen occupant un emploi semblable est assujéti,
- les événements ont été confirmés de manière objective.

[57] S’agissant du troisième critère, exigeant des événements excessifs ou inusités, l’appelant fait valoir que la Commission a fait erreur en concluant que la [TRADUCTION] « cause prédominante » de l’état de l’appelant était la lettre (m.a., par. 85, citant la décision de la Commission, par. 28). Selon lui, en faisant fi de la série d’événements qui avait mené au point culminant, elle n’avait pas tenu compte de sa situation dans son ensemble.

[58] Pourtant, la Commission a expressément reconnu dans son analyse [TRADUCTION] « que les facteurs de stress découlant de la situation au travail incluaient, par exemple, des préoccupations en matière de santé et sécurité, des relations et conflits interpersonnels, des échéances à respecter, la gestion du rendement et l’ordre de l’employeur de donner suite à une demande de communication présentée en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* » (par. 29). Elle a indiqué que ces facteurs faisaient partie des pressions et tensions normales énumérées à la Politique et qu’ils ne pouvaient donc être considérés comme excessifs ou inusités.

[59] Vu le dossier et les circonstances entourant la demande d’indemnisation, il était loisible à la Commission de conclure que la [TRADUCTION] « cause prédominante » de l’atteinte psychologique de M. Martin était sa réaction à la lettre de l’employeur lui intimant de donner suite à une demande d’accès à l’information, laquelle n’était pas inusitée par rapport aux pressions et tensions normales s’exerçant dans un emploi semblable (par. 28 et 30).

[60] Je ne partage pas l’avis de l’appelant qui estime déraisonnable la conclusion de la Commission selon laquelle [TRADUCTION] « les pressions



Policy as completely excluding compensation for injuries arising from labour relations issues, or health and safety concerns and interpersonal relations and conflicts. A fair reading of the reasons makes clear that the Commission found that, on the facts of this case, the events were not excessive or unusual.

[61] The Commission's conclusion respecting the third criterion was "within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law" (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47).

[62] Since the third criterion was not met, the Commission's decision to deny compensation in this case was reasonable. There is no need to consider the Commission's analysis of the fourth criterion.

#### V. Conclusion

[63] In enacting the *GECA*, Parliament intended that provincial boards and authorities would adjudicate the workers' compensation claims of federal government employees — including both entitlement to and rates of compensation — according to provincial law, except where a conflict arises between the provincial law and the *GECA*. The Alberta Policy's interpretation of "accident" in the context of psychological stress claims does not conflict with the *GECA* and was applicable to the appellant's claim. The Commission's decision to deny compensation in this case was reasonable. The appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent the Workers' Compensation Board of Alberta: Workers' Compensation Board of Alberta, Edmonton.*

et tensions normales » énumérées à la Politique excluait complètement les questions concernant les relations de travail, les préoccupations en matière de santé et sécurité ou les relations et conflits interpersonnels aux fins d'indemnisation. Correctement interprétés, les motifs de la Commission indiquent clairement que, selon elle, les événements n'étaient pas excessifs ou inusités, compte tenu des faits de l'espèce.

[61] La conclusion de la Commission concernant le troisième critère faisait partie des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47).

[62] Le troisième critère n'étant pas rempli, la décision de la Commission de rejeter la demande d'indemnisation était raisonnable. Il n'est pas nécessaire d'examiner son analyse quant au quatrième critère.

#### V. Conclusion

[63] En adoptant la *LIAÉ*, le législateur entendait que les autorités provinciales compétentes statuent sur les demandes d'indemnisation des agents de l'État fédéral, — y compris le droit à l'indemnité et les taux d'indemnisation — selon la législation provinciale, sauf lorsqu'il y a conflit entre cette législation et la *LIAÉ*. L'interprétation de ce qui constitue un « accident » pour le traitement d'une demande d'indemnisation pour stress psychologique qui figure à la Politique albertaine n'entre pas en conflit avec la *LIAÉ*. Elle s'appliquait donc à la demande de l'appelant. La décision de la Commission, qui a refusé d'accorder l'indemnité, était raisonnable. Le pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé Workers' Compensation Board of Alberta : Workers' Compensation Board of Alberta, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent the Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation: Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation, Edmonton.*

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

*Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of British Columbia: Workers' Compensation Board of British Columbia, Richmond.*

*Solicitors for the intervener Commission de la santé et de la sécurité du travail: Vigneault Thibodeau Bergeron, Québec.*

*Solicitors for the intervener the Workers' Compensation Board of Nova Scotia: Stewart McKelvey, Halifax.*

*Procureur de l'intimée Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation : Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation, Edmonton.*

*Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant Workers' Compensation Board of British Columbia : Workers' Compensation Board of British Columbia, Richmond.*

*Procureurs de l'intervenante la Commission de la santé et de la sécurité du travail : Vigneault Thibodeau Bergeron, Québec.*

*Procureurs de l'intervenant Workers' Compensation Board of Nova Scotia : Stewart McKelvey, Halifax.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scs-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scs-csc.ca



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 3, 2014 Vol. 1**

**3<sup>e</sup> cahier, 2014 Vol. 1**

Cited as [2014] 1 S.C.R. { i-ii  
575-849

Renvoi [2014] 1 R.C.S. { i-ii  
575-849

---

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  
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

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

AMÉLIE LAVICTOIRE  
KAREN LEVASSEUR  
JOANNE NORMAN  
LORRAINE PILETTE  
RÉMI SAMSON

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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH

JULIE BOULANGER  
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU  
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET  
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN

PAULINE MCTAVISH  
ANNE-MARIE NOËL

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ                      MANON PLOUFFE

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to 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 .....	xxxix
Authors Cited.....	xliii
Index .....	837

### **Dionne v. Commission scolaire des Patriotes .....** 765

Employment law — Occupational health and safety — Unsafe workplace — Contract of employment — Whether pregnant supply teacher qualifies as eligible “worker” for Preventive Withdrawal and earnings-replacement indemnity under applicable provincial legislation — Whether refusal to perform work in unsafe workplace precludes formation of contract of employment — Act respecting occupational health and safety, CQLR, c. S-2.1, ss. 1 “worker”, 2, 4, 11, 12, 14, 30, 40, 41 — Civil Code of Québec, art. 2085.

### **Immeubles Jacques Robitaille inc. v. Québec (City) .....** 784

Municipal law — By-laws — Offences — Estoppel — Operation of commercial parking lot by company in zone where such use prohibited — Statement of offence issued against company for non-conforming use under zoning by-law — Company admitting to non-conforming use but raising doctrine of estoppel — Circumstances in which defendant can rely on doctrine of estoppel to avoid penal liability — Cities and Towns Act, CQLR, c. C-19, s. 576 — Act respecting land use planning and development, CQLR, c. A-19.1, s. 227.

### **Ontario (Community Safety and Correctional Services) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner) .....** 674

Access to information — Exemptions — Confidentiality provisions — Requester seeking disclosure of number of offenders registered under sex offender registry residing in areas designated by first three digits of Ontario’s postal codes — Government institution denying request on grounds of exemptions contained in Freedom of Information and Protection of Privacy Act — Information and Privacy Commission ordering disclosure — Standard

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Page titre .....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xvii
Table de la jurisprudence .....	xxix
Lois et règlements cités.....	xli
Doctrine citée.....	xliii
Index .....	843

### **Dionne c. Commission scolaire des Patriotes .....** 765

Droit de l’emploi — Santé et sécurité du travail — Lieu de travail dangereux — Contrat de travail — Une enseignante suppléante enceinte est-elle un « travailleur » admissible au programme de retrait préventif et à l’indemnité de remplacement du revenu en vertu de la législation provinciale applicable? — Le refus d’effectuer des tâches dans un lieu de travail dangereux empêche-t-il la formation d’un contrat de travail? — Loi sur la santé et la sécurité du travail, RLRQ, ch. S-2.1, art. 1 « travailleur », 2, 4, 11, 12, 14, 30, 40, 41 — Code civil du Québec, art. 2085.

### **Immeubles Jacques Robitaille inc. c. Québec (Ville) .....** 784

Droit municipal — Règlements — Infractions — Préclusion — Exploitation par une entreprise d’un stationnement commercial dans une zone où un tel usage est interdit — Constat d’infraction délivré contre l’entreprise pour usage dérogatoire au règlement de zonage — Entreprise reconnaissant l’usage dérogatoire mais invoquant la doctrine de la préclusion — Dans quelles circonstances la doctrine de la préclusion peut-elle être invoquée par un plaideur pour échapper à sa responsabilité pénale? — Loi sur les cités et villes, RLRQ, ch. C-19, art. 576 — Loi sur l’aménagement et l’urbanisme, RLRQ, ch. A-19.1, art. 227.

### **Ontario (Sécurité communautaire et Services correctionnels) c. Ontario (Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée) .....** 674

Accès à l’information — Exceptions — Disposition traitant du caractère confidentiel — Demande de divulgation du nombre de délinquants inscrits au registre des délinquants sexuels qui résident dans des régions

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

of review of Commission's decision — Whether Commission made reviewable error in interpreting applicable legislation — Whether Commission applied appropriate evidentiary standard with regards to harms-based exemptions — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 14, 67 — Christopher's Law (Sex Offender Registry), 2000, S.O. 2000, c. 1, ss. 10, 13.

### **Peracomo Inc. v.**

#### **TELUS Communications Co. .... 621**

Maritime law — Liability in tort — Limitation of liability — Conduct barring limitation — Standard of fault — Fisherman intentionally cutting submarine fiber-optic cable he believed to be abandoned, resulting in almost \$1 million in damage — Whether appellants' right to limit their liability pursuant to Convention is barred — Whether fisherman acted with intent to cause such loss or recklessly and with knowledge that such loss would probably result — Convention on limitation of liability for maritime claims, 1976, 1456 U.N.T.S. 221, art. 4.

Maritime law — Marine insurance — Exclusion of coverage — Standard of fault — Wilful misconduct — Whether standards of fault under Marine Insurance Act and Convention are same — Whether loss caused by fisherman's wilful misconduct such that it is excluded from coverage — Marine Insurance Act, S.C. 1993, c. 22, s. 53(2).

### **R. v. Carvery ..... 605**

Criminal law — Sentencing — Considerations — Credit for pre-sentence detention — Criminal Code permitting enhanced credit at rate of up to one and one-half days for every day of detention "if the circumstances justify it" — Sentencing judge applying enhanced credit on basis of lost eligibility for early release — Whether sentencing judge erred by granting credit for pre-sentence custody at rate of one and one-half to one to account for loss of early release — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 719(3), 719(3.1).

### **R. v. Clarke ..... 612**

Criminal law — Sentencing — Legislation — Interpretation — Truth in Sentencing Act providing that changes to how much credit given for pre-sentence custody "apply only to persons charged after" Act came into force — Accused committed offences before Truth in Sentencing Act came into force, but charged after Act came into force — Whether s. 5 of Truth in Sentencing Act applies only to offenders charged after amendments have come

## SOMMAIRE (Suite)

désignées par les trois premiers caractères des codes postaux de l'Ontario — Rejet de la demande par une institution gouvernementale sur la base d'exceptions prévues par la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée — Divulgence ordonnée par la Commissaire à l'information et à la vie privée — Norme de contrôle applicable à cette décision — La Commissaire a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en interprétant la loi applicable? — La Commissaire a-t-elle appliqué la bonne norme de preuve à l'égard des exceptions reposant sur le risque de préjudices? — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14, 67 — Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels, L.O. 2000, ch. 1, art. 10, 13.

### **Peracomo Inc. c. Société**

#### **TELUS Communications ..... 621**

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Limitation de la responsabilité — Conduite supprimant la limitation — Norme de faute — Dommage évalué à presque un million de dollars causé par un pêcheur qui a sectionné intentionnellement un câble sous-marin à fibres optiques qu'il croyait abandonné — Y a-t-il suppression du droit que la Convention confère aux appelants de voir leur responsabilité limitée? — Le pêcheur avait-il l'intention de causer le dommage ou a-t-il agi témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement? — Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes, 1456 R.T.N.U. 221, art. 4.

Droit maritime — Assurance maritime — Exclusion de la garantie — Norme de faute — Inconduite délibérée — La norme de faute applicable est-elle la même aux fins de la Loi sur l'assurance maritime et de la Convention? — Y a-t-il eu inconduite délibérée de la part du pêcheur de sorte que l'indemnisation du dommage soit exclue aux fins de la garantie? — Loi sur l'assurance maritime, L.C. 1993, ch. 22, art. 53(2).

### **R. c. Carvery ..... 605**

Droit criminel — Détermination de la peine — Considérations — Crédit pour détention présentencielle — Disposition du Code criminel permettant l'octroi d'un crédit majoré d'au plus un jour et demi pour chaque jour de détention présentencielle « si les circonstances le justifient » — Octroi d'un tel crédit par la juge chargée de la détermination de la peine en raison de la perte liée à l'admissibilité à la libération anticipée — La juge a-t-elle eu tort d'allouer un jour et demi par jour de détention

*Continued on next page*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

into force regardless of when offences were committed — Truth in Sentencing Act, S.C. 2009, c. 29, s. 5.

### **R. v. Jackson ..... 672**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Defence evidence — Accused charged with first degree murder — Accused bringing pre-trial application to introduce deceased's criminal record consisting of three firearms offences — Trial judge dismissing application on grounds that probative value of evidence was significantly outweighed by prejudicial effect of its admission — Accused convicted of second degree murder — Trial judge making no error in excluding evidence.

### **R. v. Summers ..... 575**

Criminal law — Sentencing — Considerations — Credit for pre-sentence detention — Criminal Code permitting enhanced credit at rate of up to one and one-half days for every day of pre-sentence detention “if the circumstances justify it” — Sentencing judge applying enhanced credit on basis of lost eligibility for early release and parole — Whether lost opportunity for early release and parole during pre-sentence detention can be circumstance capable of justifying enhanced credit at rate of one and one-half to one — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 719(3), 719(3.1).

### **Reference re Senate Reform ..... 704**

Constitutional law — Canadian institutions — Senate — Constitutional amendment — Whether Parliament can unilaterally set fixed terms for Senators — Whether Parliament can unilaterally implement framework for consultative elections for appointments to Senate — Whether Parliament can unilaterally repeal ss. 23(3) and 23(4) of Constitution Act, 1867 requiring that Senators must own land worth \$4,000 in province for which they are appointed and have net worth of at least \$4,000 — Whether constitutional amendment abolishing Senate may be accomplished by general amending procedure or whether unanimous consent procedure applies — Constitution Act, 1982, ss. 38(1), (2), 41(e), 42(1)(b), (c), 43, 44.

### **Union Carbide Canada Inc. v. Bombardier Inc. .... 800**

Civil procedure — Offer to settle — Settlement privilege — Exception — Allegations in motion for homologation of settlement opposed on ground that mediation contract prevented parties from referring to events taking place during mediation process — Whether mediation contract with absolute confidentiality clause can displace

## SOMMAIRE (Suite)

présententielle pour tenir compte de cette perte? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-24, art. 719(3), 719(3.1).

### **R. c. Clarke ..... 612**

Droit criminel — Détermination de la peine — Législation — Interprétation — Disposition de la Loi sur l'adéquation de la peine et du crime selon laquelle les modifications apportées au crédit susceptible d'être accordé pour la détention présententielle « ne s'appliquent qu'à l'égard des personnes inculpées après » l'entrée en vigueur de la Loi — Infractions perpétrées avant l'entrée en vigueur de la Loi, mais accusé inculpé après celle-ci — L'article 5 de la Loi s'applique-t-il seulement aux délinquants inculpés après l'entrée en vigueur des modifications peu importe le moment auquel les infractions ont été commises? — Loi sur l'adéquation de la peine et du crime, L.C. 2009, ch. 29, art. 5.

### **R. c. Jackson ..... 672**

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve à décharge — Accusé inculpé de meurtre au premier degré — Présentation par l'accusé avant le procès d'une demande en vue de déposer le casier judiciaire du défunt qui se composait de trois infractions liées aux armes à feu — Rejet de la demande par le juge du procès au motif que l'effet préjudiciable de cet élément de preuve s'il était admis dépasserait considérablement sa valeur probante — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Le juge du procès n'a commis aucune erreur en excluant cette preuve.

### **R. c. Summers ..... 575**

Droit criminel — Détermination de la peine — Considérations — Crédit pour détention présententielle — Disposition du Code criminel permettant l'octroi d'un crédit majoré d'au plus un jour et demi pour chaque jour de détention présententielle « si les circonstances le justifient » — Octroi d'un tel crédit par le juge chargé de la détermination de la peine en raison de la perte liée à l'admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle — Cette perte subie pendant la détention présententielle peut-elle constituer une circonstance susceptible de justifier un crédit majoré selon un ratio d'un jour et demi contre un? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 719(3), 719(3.1).

### **Renvoi relatif à la réforme du Sénat ..... 704**

Droit constitutionnel — Institutions canadiennes — Sénat — Modification constitutionnelle — Le Parlement

*Continued on next page*

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

common law settlement privilege, including exception to privilege where party seeks to prove existence or scope of settlement — Whether clause permitted parties to use confidential information to prove terms of settlement — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 151.21.

## SOMMAIRE (Fin)

peut-il unilatéralement prévoir des mandats d'une durée fixe pour les sénateurs? — Le Parlement peut-il unilatéralement instaurer un régime d'élections consultatives en vue de nommer les sénateurs? — Le Parlement peut-il abroger unilatéralement les art. 23(3) et (4) de la Loi constitutionnelle de 1867, selon lesquels les sénateurs doivent posséder des terres d'une valeur de 4 000 \$ dans la province pour laquelle ils sont nommés ainsi qu'un avoir net d'au moins 4 000 \$? — Peut-on avoir recours à la procédure normale de modification ou faut-il recourir à la procédure de consentement unanime pour apporter une modification constitutionnelle abolissant le Sénat? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 38(1), (2), 41e), 42(1)b), c), 43, 44.

### **Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc. .... 800**

Procédure civile — Offre de règlement — Privilège relatif aux règlements — Exception — Allégations d'une requête en homologation d'un règlement contestées au motif que le contrat de médiation empêchait les parties de faire état du déroulement de la médiation — Le contrat de médiation comportant une clause de confidentialité absolue peut-il écarter le privilège relatif aux règlements de la common law, y compris l'exception à ce privilège, lorsqu'une partie cherche à prouver l'existence ou la portée du règlement? — La clause permet-elle aux parties d'utiliser des renseignements confidentiels afin de faire la preuve des modalités d'un règlement? — Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 151.21.





## 2014 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  
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

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

AMÉLIE LAVICTOIRE  
KAREN LEVASSEUR  
JOANNE NORMAN  
LORRAINE PILETTE  
RÉMI SAMSON

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

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

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes  
JULIE BOULANGER  
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU  
CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET  
MONIQUE DELORME

Technical Revisors / Réviseurs techniques

NANCY MCCAUGHAN

PAULINE MCTAVISH  
ANNE-MARIE NOËL

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ  
MANON PLOUFFE

**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable LOUIS LeBEL

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

The Honourable MICHAEL J. MOLDAVER

The Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS

The Honourable RICHARD WAGNER

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable LOUIS LeBEL

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

L'honorable MICHAEL J. MOLDAVER

L'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS

L'honorable RICHARD WAGNER

## ERRATA

[1995] 4 S.C.R., p. 74, para. 19, line 8 of the English version. Read “the complexity or obscurity of the law” instead of “the complexity or obscenity of the law”.

[1995] 4 R.C.S., p. 74, par. 19, ligne 8 de la version anglaise. Lire « the complexity or obscurity of the law » au lieu de « the complexity or obscenity of the law ».

## MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to May 8, 2014 — 1<sup>er</sup> janvier au 8 mai 2014)

- 0759594 *B.C. Ltd. v. 568295 British Columbia Ltd.*, (B.C.), 35594, leave to appeal refused with costs, 13.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 1008485 *Alberta Ltd. v. Day*, (Alta.), 35565, leave to appeal refused with costs, 30.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 321665 *Alberta Ltd. v. Husky Oil Operations Ltd.*, (Alta.), 35529, leave to appeal refused with costs, 16.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 407 *ETR Concession Company Limited v. Superintendent of Bankruptcy*, (Ont.), 35696, leave to appeal granted with costs in the cause, 8.5.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- 751809 *Ontario Inc. v. Registrar, Alcohol and Gaming Commission of Ontario*, (Ont.), 35421, leave to appeal refused with costs, 16.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 861808 *Ontario Inc. v. Canada (Revenue Agency)*, (Ont.), 35633, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- A.T.M. v. T.Y.*, (N.L.), 35647, leave to appeal refused with costs, 13.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Aba-Alkhail v. University of Ottawa*, (Ont.), 35656, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Abb Inc. v. Hyundai Heavy Industries Co.*, (F.C.), 35718, notice of discontinuance filed, 17.3.14, avis de désistement produit.
- Abouabdallah v. College of Dental Surgeons of Saskatchewan*, (Sask.), 35679, leave to appeal refused with costs, 20.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Accurso c. Charbonneau*, (Qc), 35748, leave to appeal refused with costs, 10.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Adjei v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35747, leave to appeal refused, 1.5.14, autorisation d'appel refusée.
- Agence du revenu du Québec c. Bombardier inc.*, (Qc), 35471, leave to appeal refused with costs, 16.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Alcantara v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 35580, leave to appeal refused, 30.1.14, autorisation d'appel refusée.
- Allan v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35719, leave to appeal refused, 20.3.14, autorisation d'appel refusée.
- Apotex Inc. v. Eli Lilly Canada Inc.*, (F.C.), 35714, leave to appeal refused with costs, 24.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Sanofi-Aventis*, (F.C.), 35562, leave to appeal granted with costs in the cause, 30.1.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Areva Resources Canada Inc. v. Saskatchewan Ministry of Energy and Resources*, (Sask.), 35554, leave to appeal refused with costs, 13.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Armoyan v. Armoyan*, (N.S.), 35611, leave to appeal refused with costs, 6.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Arora v. Whirlpool Canada LP*, (Ont.), 35661, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Ministère de l'Éducation de la province de la Colombie-Britannique*, (C.-B.), 35619, leave to appeal granted with costs in the cause, 27.3.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Association des pompiers professionnels de Québec inc. c. Ville de Québec*, (Qc), 35715, leave to appeal refused with costs, 17.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta Utilities Commission*, (Alta.), 35624, leave to appeal granted, 10.4.14, autorisation d'appel accordée.
- Attorney General of Canada v. Ahousaht Indian Band*, (B.C.), 34387, leave to appeal refused with costs, 30.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Barnaby*, (Que.) (Crim.), 35548, leave to appeal granted, 8.5.14, autorisation d'appel accordée.
- Ayai v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 35707, leave to appeal refused, 3.4.14, autorisation d'appel refusée.
- Aziz v. Attorney General of Canada, on behalf of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, (B.C.) (Crim.), 35573, leave to appeal refused, 17.4.14, autorisation d'appel refusée.
- B306 v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*, (F.C.), 35685, leave to appeal granted, 17.4.14, autorisation d'appel accordée.
- Badawy v. Nafie*, (Alta.), 35672, leave to appeal refused, 20.3.14, autorisation d'appel refusée.
- Banque de Montréal/Bank of Montreal v. Banque de Nouvelle-Écosse/Bank of Nova Scotia*, (Que.), 35610, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Barclays Bank PLC v. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments VII Corp.*, (Ont.), 35549, leave to appeal refused with costs, 16.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- BDO Canada Limited v. Zypherus Holdings Inc.*, (Alta.), 35582, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Belong v. Attorney General of Canada*, (N.B.), 35528, leave to appeal refused with costs, 20.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bernard Musoni v. Logitek Technology Ltd.*, (Ont.), 35621, leave to appeal refused with costs, 20.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bradbury v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35516, case remanded to the British Columbia Court of Appeal for disposition in accordance with *R. v. Carvery*, 2014 SCC 27, [2014] 1 S.C.R. 605, and *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575, 1.5.14, affaire renvoyée à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour qu'elle statue en conformité avec les arrêts *R. c. Carvery*, 2014 CSC 27, [2014] 1 R.C.S. 605, et *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575.
- Bradshaw v. Langley*, (Ont.), 35639, leave to appeal refused with costs, 20.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- British Columbia Ferry and Marine Workers' Union v. British Columbia Ferry Services Inc.*, (B.C.), 35692, leave to appeal refused, 3.4.14, autorisation d'appel refusée.
- British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia Public School Employers' Association*, (B.C.), 35623, leave to appeal granted with costs in the cause, 20.3.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak*, (Ont.), 34645, leave to appeal refused, 23.1.14, autorisation d'appel refusée.
- C.J.R. c. I.A.C.*, (Qc), 35617, leave to appeal refused, 20.2.14, autorisation d'appel refusée.



- Camp Jardin (Gan) d'Israël c. Municipalité de la Minerve*, (Qc), 35637, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Caplin c. Ministre de la justice du Canada*, (Qc) (Crim.), 35527, leave to appeal granted, 8.5.14, autorisation d'appel accordée.
- Carey v. Laiken*, (Ont.), 35597, leave to appeal granted with costs in the cause, 20.3.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Carter v. Attorney General of Canada*, (B.C.), 35591, leave to appeal granted with costs, 16.1.14, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Chan v. Katz*, (Man.), 35636, leave to appeal refused with costs, 13.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chartier v. MNP Ltd.*, (Man.), 35483, leave to appeal refused with costs, 23.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chevron Corporation v. Yaiguaje*, (Ont.), 35682, leave to appeal granted with costs in the cause, 3.4.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- City of Edmonton v. Kiewit Energy Canada Corp.*, (Alta.), 35697, leave to appeal refused with costs, 17.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Coffrages C.C.C. Ltée c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, (Qc) (Crim.), 35659, leave to appeal refused, 13.3.14, autorisation d'appel refusée.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bombardier inc.*, (Qc), 35625, leave to appeal granted with costs in the cause, 1.5.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Condo c. Construction Ste-Marthe inc.*, (Qc), 35720, leave to appeal refused with costs, 3.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Corbar Holdings Inc. v. Corporation of the Township of Uxbridge*, (Ont.), 35607, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Costache c. Société de l'assurance automobile du Québec*, (Qc), 35578, leave to appeal refused with costs, 20.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Côté c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35593, leave to appeal refused, 13.2.14, autorisation d'appel refusée.
- Cowan v. Hydro One Networks Inc.*, (Ont.), 35732, leave to appeal refused with costs, 24.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Crowther v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35660, leave to appeal refused, 27.3.14, autorisation d'appel refusée.
- Cytrynbaum v. Look Communications Inc.*, (Ont.), 35559, leave to appeal refused with costs, 13.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dalla Lana v. Governors of the University of Alberta*, (Alta.), 35627, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Davis v. Workers' Compensation Appeal Tribunal*, (B.C.), 35598, leave to appeal refused, 23.1.14, autorisation d'appel refusée.
- De Winter v. De Winter*, (Alta.), 35618, leave to appeal refused, 6.2.14, autorisation d'appel refusée.
- Deep v. Canada Revenue Agency*, (F.C.), 35634, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Delicata v. Incorporated Synod of the Diocese of Huron*, (Ont.), 35601, leave to appeal refused with costs, 3.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dennis v. Ontario Lottery and Gaming Corporation*, (Ont.), 35553, leave to appeal refused, 13.2.14, autorisation d'appel refusée.

- Dunn v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35599, leave to appeal granted, 20.2.14, autorisation d'appel accordée.
- Ellis v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35649, leave to appeal refused, 1.5.14, autorisation d'appel refusée.
- Elmgreen v. Evans*, (Ont.), 35643, leave to appeal refused with costs, 13.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Engel v. Public Curator of Quebec*, (Que.), 35543, leave to appeal refused with costs, 30.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- F.A. c. Centre hospitalier universitaire Ste-Justine*, (Qc), 35693, leave to appeal refused, 3.4.14, autorisation d'appel refusée.
- Fabrikant v. Attorney General of Canada*, (Que.), 35680, leave to appeal refused with costs, 20.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fleischer v. American Mathematical Society*, (Que.), 35655, leave to appeal refused, 13.3.14, autorisation d'appel refusée.
- G.G. c. Ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale*, (Qc), 35731, leave to appeal refused, 17.4.14, autorisation d'appel refusée.
- Galaxie Signs Ltd. v. Graham*, (B.C.), 35509, leave to appeal refused, 13.2.14, autorisation d'appel refusée.
- Gaunt v. Hawes*, (N.S.), 35709, leave to appeal refused, 13.3.14, autorisation d'appel refusée.
- Geissah v. British Columbia Medical Services Commission*, (B.C.), 35754, leave to appeal refused, 1.5.14, autorisation d'appel refusée.
- GF Partnership v. The Queen*, (F.C.), 35668, leave to appeal refused with costs, 3.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ghanotakis c. Laporte*, (Qc), 35520, leave to appeal refused, 13.2.14, autorisation d'appel refusée.
- Gibson v. Director of Adult Forensic Psychiatric Services*, (B.C.), 35589, leave to appeal refused, 23.1.14, autorisation d'appel refusée.
- Gichuru v. York*, (B.C.), 35462, leave to appeal refused, 23.1.14, autorisation d'appel refusée.
- Gimbel v. Alberta (Minister of Public Works, Supply & Services)*, (Alta.), 35603, leave to appeal refused with costs, 13.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grenier c. Procureur général du Québec*, (Qc), 35652, leave to appeal refused, 13.3.14, autorisation d'appel refusée.
- Guindon v. The Queen*, (F.C.), 35519, leave to appeal granted with costs in the cause, 20.3.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Hanna v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 35615, leave to appeal refused, 30.1.14, autorisation d'appel refusée.
- Hannam v. Dominion of Canada General Insurance Company*, (N.L.), 35489, leave to appeal refused with costs, 9.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Harrison v. British Columbia*, (B.C.), 33770, leave to appeal refused with costs, 20.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hernandez v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*, (F.C.), 35677, leave to appeal granted, 17.4.14, autorisation d'appel accordée.
- Heydary Hamilton PC v. De Lage Landen Financial Services Canada Inc.*, (Ont.), 35187, leave to appeal refused with costs, 30.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Higgins v. Attorney General of Nova Scotia*, (N.S.), 35540, leave to appeal refused with costs, 27.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Higgins v. Attorney General of Nova Scotia*, (N.S.), 35734, leave to appeal refused with costs, 8.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Hill v. Hill*, (Alta.), 35631, leave to appeal refused with costs, 27.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hinse c. Procureur général du Canada*, (Qc), 35613, leave to appeal granted with costs in the cause, 20.3.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Hirsekorn v. The Queen*, (Alta.), 35558, leave to appeal refused, 23.1.14, autorisation d'appel refusée.
- Huard v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35687, leave to appeal refused, 3.4.14, autorisation d'appel refusée.
- Hudon c. Carpentier*, (Qc), 35486, leave to appeal refused with costs, 9.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hudon c. Lévesque*, (Qc), 35485, leave to appeal refused with costs, 9.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- I.J. v. J.A.M.*, (B.C.), 35736, leave to appeal refused with costs, 8.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- IMS Health Canada Inc. c. Th!nk Business Insights Ltd.*, (Qc), 35544, leave to appeal refused, 20.2.14, autorisation d'appel refusée.
- Invesco Canada Ltd. v. Sino-Forest Corporation*, (Ont.), 35541, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Iredale c. Courses automobiles Mont-Tremblant inc.*, (Qc), 35575, leave to appeal refused with costs, 3.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Israel v. Wright*, (Ont.), 35583, leave to appeal refused, 20.2.14, autorisation d'appel refusée.
- J.P. v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*, (F.C.), 35688, leave to appeal granted, 17.4.14, autorisation d'appel accordée.
- J.S. v. D.Z.*, (Que.), 35522, leave to appeal refused, 30.1.14, autorisation d'appel refusée.
- J.S. v. D.Z.*, (Que.), 35522, leave to appeal refused, 17.4.14, autorisation d'appel refusée.
- Jim Gauthier Chevrolet Oldsmobile Cadillac Ltd. v. Irvine*, (Man.), 35646, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Joint Administrators of Nortel Networks UK Limited v. Nortel Networks Corporation*, (Ont.), 35532, notice of discontinuance filed, 9.1.14, avis de désistement produit.
- Jolian Investments Limited v. Look Communications Inc.*, (Ont.), 35560, leave to appeal refused with costs, 13.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jordan v. Johnson*, (Alta.), 35592, leave to appeal refused, 16.1.14, autorisation d'appel refusée.
- Kailayapillai v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35701, leave to appeal refused, 10.4.14, autorisation d'appel refusée.
- Khan v. Metroland Printing*, (Ont.), 35616, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Khazali c. Canadian Apartment Properties Real Estate Investment Trust*, (Qc), 35674, leave to appeal refused with costs, 27.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- King v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 35479, leave to appeal refused with costs, 30.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kirby v. Hope Place Centres*, (Ont.), 35552, leave to appeal refused with costs, 30.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Klippenstein v. Manitoba Human Rights Commission*, (Man.), 35588, leave to appeal refused, 23.1.14, autorisation d'appel refusée.
- Kumar v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 35746, leave to appeal refused, 11.3.14, autorisation d'appel refusée.
- Lafarge Canada inc. c. SNC Lavalin environnement inc.*, (Qc), 35534, leave to appeal refused with costs, 20.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Land v. Law Enforcement Review Board*, (Alta.), 35728, leave to appeal refused, 8.5.14, autorisation d'appel refusée.
- Larouche c. Ville de Montréal*, (Qc), 35662, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Leafwood Investments Inc. v. 1724684 Ontario Limited*, (Ont.), 35572, leave to appeal refused with costs, 6.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Leroy c. Fédération compagnie d'assurance du Canada*, (Qc), 35721, leave to appeal refused with costs, 27.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lombard General Insurance Company of Canada v. Aviva Insurance Company of Canada*, (Ont.), 35547, leave to appeal refused with costs, 16.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Louis v. British Columbia (Minister of Energy, Mines and Petroleum Resources)*, (B.C.), 35630, leave to appeal refused with costs, 27.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Malamas v. Teplitsky Colson LLP*, (Ont.), 35576, leave to appeal refused, 23.1.14, autorisation d'appel refusée.
- Malhotra v. State Farm Fire and Casualty Company*, (Ont.), 35683, leave to appeal refused with costs, 27.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- MasterCard International Inc. v. The Aldo Group Inc.*, (Ont.), 35700, leave to appeal refused with costs, 1.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mastop v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35689, leave to appeal refused, 3.4.14, autorisation d'appel refusée.
- Matalani c. Khouzam*, (Qc), 35566, leave to appeal refused with costs, 9.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McCulloch v. McCulloch*, (Alta.), 35600, leave to appeal refused with costs, 9.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McLean v. McLean*, (Ont.), 35744, leave to appeal refused with costs, 8.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Meeking v. The Cash Store Inc.*, (Man.), 35608, leave to appeal granted with costs in the cause, 27.2.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Minister of National Revenue v. Thompson*, (F.C.), 35590, leave to appeal granted with costs in the cause and leave to cross-appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause et autorisation d'appel incident refusée avec dépens.
- Mohammed v. Goodship*, (Ont.), 35699, leave to appeal refused with costs, 3.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Moss v. BMO Nesbitt Burns Inc.*, (Man.), 35614, leave to appeal refused with costs, 6.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mostafalou c. Université de Sherbrooke*, (Qc), 35725, leave to appeal refused with costs, 17.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mouvement laïque québécois c. Ville de Saguenay*, (Qc), 35496, leave to appeal granted with costs in the cause, 16.1.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- MUR Shipping BV v. Byatt International S.A.*, (B.C.), 35641, leave to appeal refused with costs, 27.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- National Money Mart Company v. Young*, (Alta.), 35564, leave to appeal refused with costs, 30.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nortel Networks Corporation v. Ontario (Ministry of the Environment)*, (Ont.), 35642, leave to appeal refused with costs, 17.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- O'Toole v. Law Society of New Brunswick*, (N.B.), 35702, leave to appeal refused with costs, 17.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Olumide v. Canada*, (F.C.), 35743, leave to appeal refused with costs, 1.5.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- On Call Internet Services Ltd. v. Telus Communications Company*, (B.C.), 35577, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Onischuk v. Town of Canmore*, (Alta.), 35472, leave to appeal refused, 23.1.14, autorisation d'appel refusée.
- Ontario Energy Board v. Ontario Power Generation Inc.*, (Ont.), 35506, leave to appeal granted, 20.3.14, autorisation d'appel accordée.
- P.T. c. M.T.*, (Qc), 35635, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Paquette c. Nutrition Fitness Cardio inc.*, (Qc), 35551, leave to appeal refused, 13.2.14, autorisation d'appel refusée.
- Pearlman v. Phelps Leasing Ltd.*, (B.C.), 35235, leave to appeal refused, 1.5.14, autorisation d'appel refusée.
- Pelich v. Attorney General of Ontario*, (Ont.) (Crim.), 35585, leave to appeal refused, 23.1.14, autorisation d'appel refusée.
- Primum, Compagnie d'assurance c. Sodaco Juridique inc.*, (Qc), 35612, leave to appeal refused with costs, 17.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Prochazka v. Alberta Labour Relations Board*, (Alta.), 35654, leave to appeal refused, 13.3.14, autorisation d'appel refusée.
- Puddicombe v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35666, leave to appeal refused, 6.3.14, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Butorac*, (B.C.) (Crim.), 35638, leave to appeal refused, 3.4.14, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Charles*, (Ont.) (Crim.), 35684, leave to appeal granted, 10.4.14, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Grant*, (Man.) (Crim.), 35664, leave to appeal granted, 20.3.14, autorisation d'appel accordée.
- R. v. McArthur*, (Ont.) (Crim.), 35695, leave to appeal refused with costs, 17.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Nur*, (Ont.) (Crim.), 35678, leave to appeal granted and leave to cross-appeal refused, 10.4.14, autorisation d'appel accordée et autorisation d'appel incident refusée.
- R. v. P.G.*, (Ont.) (Crim.), 35584, leave to appeal refused, 6.2.14, autorisation d'appel refusée.
- R. c. St-Cloud*, (Qc) (Crim.), 35626, leave to appeal granted, 27.2.14, autorisation d'appel accordée.
- Rana v. Canadian Business College*, (Ont.), 35653, leave to appeal refused with costs, 24.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rancourt v. St. Lewis*, (Ont.), 35676, leave to appeal refused with costs on a solicitor-client basis, 6.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens sur la base procureur-client.
- Reid c. Ville de Montréal*, (Qc), 35602, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Robertson v. Minister of Justice*, (B.C.) (Crim.), 35658, leave to appeal refused, 8.5.14, autorisation d'appel refusée.
- Robinson v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 35673, leave to appeal refused, 20.3.14, autorisation d'appel refusée.
- Roman Catholic Episcopal Corporation of St. John's v. Guardian Insurance Company of Canada*, (N.L.), 35667, leave to appeal refused with costs, 24.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rudderham v. 1707508 Ontario Limited*, (Ont.), 35041, leave to appeal refused with costs, 30.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- S.R. c. C.R.*, (Qc), 35698, leave to appeal refused, 20.3.14, autorisation d'appel refusée.
- S.S. c. L.S.H.*, (Qc), 35546, leave to appeal refused with costs, 16.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Saddleback v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 35726, leave to appeal refused, 8.5.14, autorisation d'appel refusée.

- Saskatchewan Financial Services Commission v. Mallard*, (Sask.), 34655, case remanded to the Saskatchewan Court of Appeal for disposition in accordance with *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177, 1.5.14, affaire renvoyée à la Cour d'appel de la Saskatchewan pour qu'elle statue en conformité avec l'arrêt *A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177.
- Slansky v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 35606, leave to appeal refused with costs, 13.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Springdale Pizza Depot Ltd. v. 2189205 Ontario Inc.*, (Ont.), 35648, leave to appeal refused with costs, 6.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- St-Arnaud c. Laplante*, (Qc), 35495, leave to appeal refused with costs, 16.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Staniford v. Mainstream Canada*, (B.C.), 35545, leave to appeal refused with costs, 13.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Stanley J. Tessmer Law Corporation v. The Queen*, (F.C.), 35723, leave to appeal refused with costs, 17.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Stante c. Simard*, (Qc), 35710, leave to appeal refused with costs, 17.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Stubicar v. Canada*, (F.C.), 35670, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Stubicar v. Deputy Prime Minister*, (F.C.), 35650, leave to appeal refused with costs, 20.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sulyma v. Hansen*, (B.C.), 35556, leave to appeal refused with costs, 30.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Superintendent of Motor Vehicles v. Murray*, (B.C.), 35581, leave to appeal refused with costs, 23.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat des chargées et chargés de cours de l'UQAM (CSN) c. Benedetti*, (Qc), 35712, leave to appeal refused with costs, 10.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat des infirmières, infirmières auxiliaires et inhalothérapeutes de l'est du Québec (SIIEQ-CSQ) c. Centre de santé et de services sociaux de La Côte-De-Gaspé*, (Qc), 35629, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Szocik v. Attorney General of England and Wales*, (B.C.), 35645, leave to appeal refused with costs, 3.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tang v. XY, LLC*, (B.C.), 35561, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 20.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, (Qc), 35550, leave to appeal granted with costs in the cause, 20.2.14, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Tremblay c. La Capitale Assureur de l'administration publique inc.*, (Qc), 35354, leave to appeal refused with costs, 23.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Trial Lawyers Association of British Columbia v. Attorney General of British Columbia*, (B.C.), 35315, leave to cross-appeal granted, 14.4.14, autorisation d'appel incident accordée.
- Turcotte c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 35675, leave to appeal refused, 20.3.14, autorisation d'appel refusée.
- Unrau v. McSween*, (B.C.), 35708, leave to appeal refused with costs, 17.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- V.S. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35716, leave to appeal refused, 1.5.14, autorisation d'appel refusée.
- Vass Pipe and Steel Co. Inc. v. Fluor Canada Ltd.*, (Alta.), 35568, leave to appeal and cross-appeal refused with costs, 6.2.14, autorisations d'appel et d'appel incident refusées avec dépens.

- Vector Costa Rica, S.A. v. Central Sun Mining Inc.*, (Ont.), 35640, leave to appeal refused with costs, 13.3.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Longueuil c. 4053532 Canada Inc.*, (Qc), 35595, leave to appeal refused with costs, 20.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Vladescu v. CTVglobemedia Inc.*, (Ont.), 35542, leave to appeal refused, 16.1.14, autorisation d'appel refusée.
- W.C. v. N.T.*, (Que.), 35671, leave to appeal refused, 13.3.14, autorisation d'appel refusée.
- Western Larch Limited v. Di Poce Management Limited*, (Ont.), 35704, leave to appeal refused with costs, 10.4.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wightman v. Widdrington*, (Que.), 35438, leave to appeal refused with costs, 9.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Willick v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35632, leave to appeal refused, 13.3.14, autorisation d'appel refusée.
- Zhang v. Shanfield*, (Ont.), 35596, leave to appeal refused with costs, 30.1.14, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Zhou v. XY, LLC*, (B.C.), 35557, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 20.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- Zhu v. XY, LLC*, (B.C.), 35555, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 20.2.14, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident 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>A</b>		<b>J</b>	
A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd. ....	177	Jackson, R. v. ....	672
Alberta (Workers’ Compensation Board), Martin v. ....	546	James, R. v. ....	80
<b>B</b>		<b>K</b>	
Babos, R. v. ....	309	Khela, Mission Institution v. ....	502
Bernard v. Canada (Attorney General) .....	227	Koczab, R. v. ....	138
Bombardier Inc., Union Carbide Canada Inc. v. ....	800	<b>L</b>	
Bram Enterprises Ltd., A.I. Enterprises Ltd. v. ....	177	Leinen, R. v. ....	500
Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak ....	126	<b>M</b>	
<b>C</b>		MacDonald, R. v. ....	37
Canada (Attorney General) v. Whaling .....	392	Manitoba Telecom Services Inc., Telecommuni- cations Employees Association of Manitoba Inc. v. ....	142
Canada (Attorney General), Bernard v. ....	227	Martin v. Alberta (Workers’ Compensation Board)	546
Carvery, R. v. ....	605	Mauldin, Hryniak v. ....	87
Clarke, R. v. ....	612	Mission Institution v. Khela .....	502
Commission scolaire des Patriotes, Dionne v. ....	765	<b>O</b>	
<b>D</b>		Ontario (Community Safety and Correctional Services) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner) .....	674
Davis, R. v. ....	78	Ontario (Information and Privacy Commissioner), Ontario (Community Safety and Correctional Services) v. ....	674
Dell’Aniello, Vivendi Canada Inc. v. ....	3	<b>P</b>	
Dionne v. Commission scolaire des Patriotes .....	765	Peracom Inc. v. TELUS Communications Co. ....	621
<b>F</b>		<b>Q</b>	
Flaviano, R. v. ....	270	Québec (City), Immeubles Jacques Robitaille inc. v. ....	784
<b>H</b>			
Hogg, R. v. ....	344		
Hryniak v. Mauldin .....	87		
Hryniak, Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. ....	126		
Hutchinson, R. v. ....	346		
<b>I</b>			
Immeubles Jacques Robitaille inc. v. Québec (City) .....	784		

	PAGE		PAGE
<b>R</b>		<b>T</b>	
R. v. Babos .....	309	Telecommunications Employees Association of Manitoba Inc. v. Manitoba Telecom Ser- vices Inc. ....	142
R. v. Carvery .....	605	TELUS Communications Co., Peracomo Inc. v. ....	621
R. v. Clarke .....	612		
R. v. Davis .....	78	<b>U</b>	
R. v. Flaviano .....	270	Union Carbide Canada Inc. v. Bombardier Inc. ....	800
R. v. Hogg .....	344		
R. v. Hutchinson .....	346	<b>V</b>	
R. v. Jackson .....	672	Vivendi Canada Inc. v. Dell'Aniello .....	3
R. v. James .....	80	Vokurka, R. v. ....	498
R. v. Koczab .....	138		
R. v. Leinen .....	500	<b>W</b>	
R. v. MacDonald .....	37	W.E.B., R. v. ....	34
R. v. Sekhon .....	272	Waite, R. v. ....	341
R. v. Summers .....	575	Whaling, Canada (Attorney General) v. ....	392
R. v. Vokurka .....	498		
R. v. W.E.B. ....	34	<b>Y</b>	
R. v. Waite .....	341	Yelle, R. v. ....	140
R. v. Yelle .....	140		
Reference re Senate Reform .....	704		
Reference re <i>Supreme Court Act</i> , ss. 5 and 6 .....	433		
<b>S</b>			
Sekhon, R. v. ....	272		
Summers, R. v. ....	575		

## 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>A</b>		<b>I</b>	
A.I. Entreprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd. ....	177	Immeubles Jacques Robitaille inc. c. Québec (Ville) .....	784
Alberta (Workers' Compensation Board), Martin c. ....	546	<b>J</b>	
<b>B</b>		Jackson, R. c. ....	672
Babos, R. c. ....	309	James, R. c. ....	80
Bernard c. Canada (Procureur général) .....	227	<b>K</b>	
Bombardier Inc., Union Carbide Canada Inc. c. ....	800	Khela, Établissement de Mission c. ....	502
Bram Enterprises Ltd., A.I. Entreprises Ltd. c. ....	177	Koczab, R. c. ....	138
Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak ....	126	<b>L</b>	
<b>C</b>		Leinen, R. c. ....	500
Canada (Procureur général) c. Whaling .....	392	<b>M</b>	
Canada (Procureur général), Bernard c. ....	227	MacDonald, R. c. ....	37
Carvery, R. c. ....	605	Manitoba Telecom Services Inc., Telecommunications Employees Association of Manitoba Inc. c. ....	142
Clarke, R. c. ....	612	Martin c. Alberta (Workers' Compensation Board) ...	546
Commission scolaire des Patriotes, Dionne c. ....	765	Mauldin, Hryniak c. ....	87
<b>D</b>		<b>O</b>	
Davis, R. c. ....	78	Ontario (Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée), Ontario (Sécurité communautaire et Services correctionnels) c.....	674
Dell'Aniello, Vivendi Canada Inc. c. ....	3	Ontario (Sécurité communautaire et Services correctionnels) c. Ontario (Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée) .....	674
Dionne c. Commission scolaire des Patriotes .....	765	<b>P</b>	
<b>E</b>		Peracomo Inc. c. Société TELUS Communications .....	621
Établissement de Mission c. Khela .....	502	<b>H</b>	
<b>F</b>		Hogg, R. c. ....	344
Flaviano, R. c. ....	270	Hryniak c. Mauldin .....	87
<b>H</b>		Hryniak, Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. ....	126
Hogg, R. c. ....	344	Hutchinson, R. c. ....	346
Hryniak c. Mauldin .....	87		
Hryniak, Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. ....	126		
Hutchinson, R. c. ....	346		

	PAGE		PAGE
<b>Q</b>		<b>T</b>	
Québec (Ville), Immeubles Jacques Robitaille inc. c. ....	784	Telecommunications Employees Association of Manitoba Inc. c. Manitoba Telecom Services Inc. ....	142
<b>R</b>		<b>U</b>	
R. c. Babos .....	309	Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc. ....	800
R. c. Carvery .....	605	<b>V</b>	
R. c. Clarke .....	612	Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello .....	3
R. c. Davis .....	78	Vokurka, R. c. ....	498
R. c. Flaviano .....	270	<b>W</b>	
R. c. Hogg .....	344	W.E.B., R. c. ....	34
R. c. Hutchinson .....	346	Waite, R. c. ....	341
R. c. Jackson .....	672	Whaling, Canada (Procureur général) c. ....	392
R. c. James .....	80	<b>Y</b>	
R. c. Koczab .....	138	Yelle, R. c. ....	140
R. c. Leinen .....	500		
R. c. MacDonald .....	37		
R. c. Sekhon .....	272		
R. c. Summers .....	575		
R. c. Vokurka .....	498		
R. c. W.E.B. ....	34		
R. c. Waite .....	341		
R. c. Yelle .....	140		
Renvoi relatif à la <i>Loi sur la Cour suprême</i> , art. 5 et 6 .....	433		
Renvoi relatif à la réforme du Sénat .....	704		
<b>S</b>			
Sekhon, R. c. ....	272		
Société TELUS Communications, Peracom Inc. c. ....	621		
Summers, R. c. ....	575		

## TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
0856464 B.C. Ltd. v. TimberWest Forest Corp. ....	2012 BCSC 597, 89 C.B.R. (5th) 235 .....	216
<b>A</b>		
ADGA Systems International Ltd. v. Valcom Ltd. ....	(1999), 43 O.R. (3d) 101 .....	632
Aetna Casualty and Surety Co. v. Groupe Estrie, mutuelle d'assurance contre l'incendie .....	[1990] R.J.Q. 1792 .....	664
Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas .....	2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427 .....	211
Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc. ....	(1998), 38 O.R. (3d) 161 .....	105
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association .....	2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 ....	263, 554
Allen v. Flood .....	[1898] A.C. 1 .....	196
Alleslev-Krofchak v. Valcom Ltd. ....	2010 ONCA 557, 322 D.L.R. (4th) 193 ....	213
Angers v. Mutual Reserve Fund Life Assn. ....	(1904), 35 S.C.R. 330 .....	133
Apple Canada Inc. v. St-Germain .....	2010 QCCA 1376 (CanLII) .....	29
Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re) .....	2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248 .....	618
Arizona v. Johnson .....	129 S. Ct. 781 (2009) .....	70
AT & T Corp. v. Hulteen .....	129 S. Ct. 1962 (2009) .....	777
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada .....	[1912] A.C. 571 .....	468
Attorney General's Reference (No. 3 of 2003) .....	[2004] EWCA Crim 868, [2005] Q.B. 73 ....	649
Audet v. Transamerica Life Canada .....	2012 QCCA 1746 (CanLII) .....	665
Aurchem Exploration Ltd. v. Canada .....	(1992), 91 D.L.R. (4th) 710 .....	793
Avgeropoulos v. Karanasos .....	(1969), 6 D.L.R. (3d) 34 .....	660
<b>B</b>		
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) .....	[1999] 2 S.C.R. 817 .....	539
Bal Global Finance Canada Corp. v. Aliments Breton (Canada) inc. ....	2010 QCCS 325 (CanLII) .....	101
Bank of Montreal v. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd. ....	[1975] 2 S.C.R. 546 .....	469
Barber v. Vrozos .....	2010 ONCA 570, 322 D.L.R. (4th) 577 ....	213
Baron v. Canada .....	[1993] 1 S.C.R. 416 .....	68
Beaver v. The Queen .....	[1957] S.C.R. 531 .....	63
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) .....	[1988] 1 S.C.R. 749 .....	775
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex .....	2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 ....	589, 616
Bloom Films 1998 inc. v. Christal Films productions inc. ....	2011 QCCA 1171 (CanLII) .....	824
Borowski v. Canada (Attorney General) .....	[1989] 1 S.C.R. 342 .....	513
Bouchard v. Agropur Coopérative .....	2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349 .....	18
Boucher v. The Queen .....	[1955] S.C.R. 16 .....	332
Brown v. B2B Trust .....	2012 QCCA 900 (CanLII) .....	28
Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak .....	2014 SCC 8, [2014] 1 S.C.R. 126 .....	93

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Burke v. Hudson's Bay Co. ....	2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273 .....	176
Bushell's Case .....	(1670), Vaughan 135, 124 E.R. 1006 .....	519
<b>C</b>		
Cabiakman v. Industrial Alliance Life Insurance Co. ....	2004 SCC 55, [2004] 3 S.C.R. 195 .....	779
Canada (Attorney General) v. Lameman .....	2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372 .....	102
Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Ag- gregate Ltd. ....	[1983] 1 S.C.R. 452 .....	201
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa .....	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 .....	536
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police) .....	2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66 .....	699
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias .....	[1997] 3 S.C.R. 391 .....	323, 337
Canada Post Corp. v. Smith .....	(1998), 40 O.R. (3d) 97 .....	552
Canada Post Corporation .....	(1994), 96 di 48 .....	255
Canadian Broadcasting Corp. v. Luo .....	2009 BCCA 318, 273 B.C.A.C. 203 .....	552
Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd. ....	[1976] 1 S.C.R. 309 .....	666
Canadian National Railway Company .....	(1994), 95 di 78 .....	255
Canberra Data Centres Pty Ltd. v. Vibe Constructions (ACT) Pty Ltd. ....	[2010] ACTSC 20, 173 A.C.T.R. 33 .....	206
Canuck Security Services Ltd. v. Gill .....	2013 BCSC 893 (CanLII) .....	216
Cape Breton Development Corp. v. Morrison Estate .....	2003 NSCA 103, 218 N.S.R. (2d) 53 .....	564
Cardinal v. Director of Kent Institution .....	[1985] 2 S.C.R. 643 .....	513
Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan .....	[1979] 1 S.C.R. 42 .....	210
Central Trust Co. v. Rafuse .....	[1986] 2 S.C.R. 147 .....	216
CFTO-TV Limited .....	(1995), 97 di 35 .....	255
Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) .....	2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 .....	541
Chesal v. Nova Scotia (Attorney General) .....	2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139 .....	696
Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	[1992] 1 S.C.R. 711 .....	539
City of Verdun v. Sun Oil Co. ....	[1952] 1 S.C.R. 222 .....	794
Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) v. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît .....	2011 QCCA 826 (CanLII) .....	20
Comité d'environnement de La Baie inc. v. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Itée .....	[1990] R.J.Q. 655 .....	25
Commission des écoles catholiques de Québec v. Gobeil .....	[1999] R.J.Q. 1883 .....	777
Compania Maritima San Basilio S.A. v. The Oceanus Mutual Under- writing Association (Bermuda) Ltd. (The "Eurysthenes") .....	[1976] 2 Lloyd's Rep. 171 .....	662
Consolidated Bathurst Packaging Ltd. ....	[1983] OLRB Rep. 1411 .....	255
Conversions by Vantasy Ltd. v. General Motors of Canada Ltd. ....	2006 MBCA 69, 205 Man. R. (2d) 131 .....	213
Conway v. Zinkhofer .....	2008 ABCA 392 (CanLII) .....	212
Correia v. Canac Kitchens .....	2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353 .....	213
Cunningham v. Canada .....	[1993] 2 S.C.R. 143 .....	404
<b>D</b>		
Daina Shipping Co. v. Te Runanga O Ngati Awa .....	[2013] NZHC 500, [2013] 2 N.Z.L.R. 799 ...	638
Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc. ....	(1998), 164 D.L.R. (4th) 257 .....	105
Dedman v. The Queen .....	[1985] 2 S.C.R. 2 .....	54

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Del Guidice v. Honda Canada inc. ....	2007 QCCA 922, [2007] R.J.Q. 1496 .....	26
Derry v. Peek .....	(1889), 14 App. Cas. 337 .....	132
Diver v. Loktronic Industries Ltd. ....	[2012] NZCA 131 (NZLII) .....	206
Doré v. Barreau du Québec .....	2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395 .....	618
Douglas v. Hello! Ltd. ....	[2005] EWCA Civ 595, [2005] 4 All E.R. 128 .....	221
Drouillard v. Cogeco Cable Inc. ....	2007 ONCA 322, 86 O.R. (3d) 431 .....	213
Dunsmuir v. New Brunswick .....	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 .....	517, 572, 687
<b>E</b>		
Edwards v. Attorney-General for Canada .....	[1930] A.C. 124 .....	447, 724
Edwards v. Law Society of Upper Canada .....	2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562 .....	208
<b>F</b>		
F.H. v. McDougall .....	2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41 .....	698
Ferlatte v. Ventes Rudolph inc. ....	[1999] Q.J. No. 2735 (QL) .....	816
Figueroa v. Canada (Attorney General) .....	2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912 .....	720
Ford Glass Limited .....	[1986] OLRB Rep. 624 .....	255
Forder v. Great Western Railway Co. ....	[1905] 2 K.B. 532 .....	662
Frey v. BCE Inc. ....	2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156 .....	22
<b>G</b>		
Gagnon v. Foundation Maritime Ltd. ....	[1961] S.C.R. 435 .....	209
General Motors du Canada ltée v. Billette .....	2009 QCCA 2476, [2010] R.J.Q. 66 .....	28
Gershman v. Manitoba Vegetable Producers' Marketing Board .....	(1976), 69 D.L.R. (3d) 114 .....	212
Globe and Mail v. Canada (Attorney General) .....	2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592 .....	815
Goldhar v. The Queen .....	[1960] S.C.R. 431 .....	532
Goulais v. Restoule .....	[1975] 1 S.C.R. 365 .....	648
Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada .....	2002 SCC 21, [2002] 1 S.C.R. 719 .....	644
<b>H</b>		
Hardie Finance Corporation Pty Ltd. v. Ahern (No. 3) .....	[2010] WASC 403 (AustLII) .....	206
Harmegnies v. Toyota Canada inc. ....	2008 QCCA 380 (CanLII) .....	18
Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board .....	2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129 .....	208
Hollick v. Toronto (City) .....	2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158 .....	8
Horabin v. British Overseas Airways Corp. ....	[1952] 2 Lloyd's Rep. 450 .....	662
Housen v. Nikolaisen .....	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 .....	116
Hryniak v. Mauldin .....	2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87 .....	129
Hunt v. Carey Canada Inc. ....	[1990] 2 S.C.R. 959 .....	210
Hunt v. T&N plc .....	[1993] 4 S.C.R. 289 .....	469
Hunter v. Southam Inc. ....	[1984] 2 S.C.R. 145 .....	69, 447, 724
<b>I</b>		
Infineon Technologies AG v. Option consommateurs .....	2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600 .....	19
International Brotherhood of Teamsters v. Therien .....	[1960] S.C.R. 265 .....	207

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>J</b>		
Jones v. Cunningham .....	371 U.S. 236 (1962) .....	527
<b>K</b>		
Kelly v. Communauté des Sœurs de la Charité de Québec .....	[1995] J.Q. n° 3377 (QL) .....	26
Kelvin Energy Ltd. v. Lee .....	[1992] 3 S.C.R. 235 .....	820
Kenora (Town) Hydro Electric Commission v. Vacationland Dairy Co-operative Ltd. ....	[1994] 1 S.C.R. 80 .....	793
Kenyon Son v. Baxter, Hoare & Co. ....	[1971] 1 Lloyd's Rep. 232 .....	662
Kienapple v. The Queen .....	[1975] 1 S.C.R. 729 .....	409
Knight v. Indian Head School Division No. 19 .....	[1990] 1 S.C.R. 653 .....	539
Knowlton v. The Queen .....	[1974] S.C.R. 443 .....	54
Kosko v. Bijimine .....	2006 QCCA 671 (CanLII) .....	820
<b>L</b>		
Laceys Footwear (Wholesale) Ltd. v. Bowler International Freight Ltd. ....	[1997] 2 Lloyd's Rep. 369 .....	662
Lake v. Canada (Minister of Justice) .....	2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761 .....	536
Lallier v. Volkswagen Canada inc. ....	2007 QCCA 920, [2007] R.J.Q. 1490 .....	25
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City) .....	[1989] 1 S.C.R. 705 .....	794
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union .....	[1991] 2 S.C.R. 211 .....	248, 264
Lévis (City) v. Tétreault .....	2006 SCC 12, [2006] 1 S.C.R. 420 .....	63
Lewis v. Great Western Railway Co. ....	(1877), 3 Q.B.D. 195 .....	649, 660
Libo-on v. Alberta (Fort Saskatchewan Correctional Centre) .....	2004 ABQB 416, 32 Alta. L.R. (4th) 128 .....	531
Loblaw Québec Ltée v. Alimentation Gérard Villeneuve (1998) inc. ....	[2000] R.J.Q. 2498 .....	794
London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd. ....	[1992] 3 S.C.R. 299 .....	632
Luger v. Empire, cie d'assurance vie .....	[1991] J.Q. n° 2635 (QL) .....	822
<b>M</b>		
Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada .....	[1991] 2 S.C.R. 50 .....	792
Marcotte v. Longueuil (City) .....	2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65 .....	19
Margolle v. Delta Maritime Co. (The "Saint Jacques II" and "Gudermes") .....	[2002] EWHC 2452, [2003] 1 Lloyd's Rep. 203 .....	635
Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate .....	2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53 .....	569
Markling v. Ewaniuk .....	[1968] S.C.R. 776 .....	648
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board .....	[1980] 1 S.C.R. 602 .....	520
Mascouche (Ville) v. Thiffault .....	1996 CanLII 6503 .....	793
May v. Ferndale Institution .....	2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809 .....	513
McCulloch v. Murray .....	[1942] S.C.R. 141 .....	648, 659
McLellan v. Workers' Compensation Appeals Tribunal .....	2003 NSCA 106, 218 N.S.R. (2d) 176 .....	564
Medicine Shoppe Canada Inc. v. Devchand .....	2012 ABQB 375, 541 A.R. 312 .....	100
Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health) .....	2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23 .....	696
Millcroft Inn Ltd. and CAW-Canada, Local 448 .....	(2000), 63 C.L.R.B.R. (2d) 181 .....	238
Mitchell v. The Queen .....	[1976] 2 S.C.R. 570 .....	522
Mogul Steamship Company v. McGregor, Gow, & Co. ....	(1889), 23 Q.B.D. 598 .....	196



NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Monarch Transport Inc. and Dempsey Freight Systems Ltd. ....	2003 CIRB 249 (CanLII) .....	238
Mooring v. Canada (National Parole Board) .....	[1996] 1 S.C.R. 75 .....	522
Morgentaler v. The Queen .....	[1976] 1 S.C.R. 616 .....	494
Morin v. National Special Handling Unit Review Committee .....	[1985] 2 S.C.R. 662 .....	513
Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services) .....	2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281 .....	792
MSC Mediterranean Shipping Co. S.A. v. Delumar BVBA (The “MSC Rosa M”) .....	[2000] 2 Lloyd’s Rep. 399 .....	639
<b>N</b>		
National Oilwell (UK) Ltd. v. Davy Offshore Ltd. ....	[1993] 2 Lloyd’s Rep. 582 .....	662
National Semiconductors (UK) Ltd. v. UPS Ltd. ....	[1996] 2 Lloyd’s Rep. 212 .....	662
New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly) .....	[1993] 1 S.C.R. 319 .....	724
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.) .....	[1999] 3 S.C.R. 46 .....	98
Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board) .....	2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 .....	535
No. 1 Collision Repair & Painting (1982) Ltd. v. Insurance Corp. of British Columbia .....	2000 BCCA 463, 80 B.C.L.R. (3d) 62 .....	193
Nolan v. Kerry (Canada) Inc. ....	2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678 .....	170
Nugent v. Michael Goss Aviation Ltd. ....	[2000] 2 Lloyd’s Rep. 222 .....	634
<b>O</b>		
O’Dwyer v. Ontario Racing Commission .....	2008 ONCA 446, 293 D.L.R. (4th) 559 .....	213
OBG Ltd. v. Allan .....	[2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1 .....	190
Odhavji Estate v. Woodhouse .....	2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263 .....	208
Ontario (Attorney General) v. Pascoe .....	(2002), 166 O.A.C. 88 .....	687
Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) v. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor) .....	(1999), 46 O.R. (3d) 395 .....	687
Ontario (Minister of Finance) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner) .....	2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 757 .....	687
Ontario (Minister of Health and Long-Term Care) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner) .....	(2004), 73 O.R. (3d) 321 .....	687
Ontario (Minister of Transportation) v. Cropley .....	(2005), 202 O.A.C. 379 .....	687
Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers’ Association .....	2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815 .....	687
OPSEU v. Ontario (Attorney General) .....	[1987] 2 S.C.R. 2 .....	724
Order PO-2312 .....	2004 CanLII 56430 .....	683
Order PO-2518 .....	2006 CanLII 50861 .....	693
Order PO-3157 .....	2013 CanLII 28809 .....	696
<b>P</b>		
P. Sun’s Enterprises (Vancouver) Ltd. and CAW-Canada, Local 114 ....	(2003), 99 C.L.R.B.R. (2d) 110 .....	238
Parna v. G. & S. Properties Ltd. ....	[1971] S.C.R. 306 .....	133
Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers’ Compensation Board) .....	[1997] 2 S.C.R. 890 .....	569
Peiroo v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	(1989), 69 O.R. (2d) 253 .....	528

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Polar Ice Express Inc. v. Arctic Glacier Inc. ....	2009 ABCA 20, 446 A.R. 295 .....	212
Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re) .....	2013 QCCA 1807 (CanLII) .....	719
Public Service Alliance of Canada v. Treasury Board (Canada Border Services Agency) .....	2012 PSLRB 58 (CanLII) .....	255
<b>Q</b>		
Quan v. Cusson, .....	2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712 .....	262
Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc. ....	2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838 .....	833
Québec (Ville de) v. Société immobilière du Québec .....	2013 QCCA 305 (CanLII) .....	795
Quinn v. Leatham .....	[1901] A.C. 495 .....	201
<b>R</b>		
R. v. A.A.M. ....	2013 NLCA 26, 335 Nfld. & P.E.I.R. 199 ....	614
R. v. A.M. ....	2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569 .....	52, 70
R. v. Abbey .....	2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330 .....	289
R. v. Advance Cutting & Coring Ltd. ....	2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209 ....	248, 264
R. v. Atkins .....	2013 ONCA 586, 310 O.A.C. 397 .....	72
R. v. Aucoin .....	2012 SCC 66, [2012] 3 S.C.R. 408 .....	71
R. v. Ballony-Reeder .....	2001 BCCA 293, 88 B.C.L.R. (3d) 237 ....	298
R. v. Bellusci .....	2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509 ....	326, 339
R. v. Bevan .....	[1993] 2 S.C.R. 599 .....	292
R. v. Big M Drug Mart Ltd. ....	[1985] 1 S.C.R. 295 .....	421, 447, 724
R. v. Bjelland .....	2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651 .....	328
R. v. Boulanger .....	2006 SCC 32, [2006] 2 S.C.R. 49 .....	648
R. v. Bradbury .....	2013 BCCA 280, 339 B.C.A.C. 169 .....	581
R. v. Carvery .....	2012 NSCA 107, 321 N.S.R. (2d) 321 ....	581
R. v. Carvery .....	2014 SCC 27, [2014] 1 S.C.R. 605 .....	615
R. v. Caslake .....	[1998] 1 S.C.R. 51 .....	72
R. v. Chaisson .....	[1995] 2 S.C.R. 1118 .....	403
R. v. Chase .....	(1984), 55 N.B.R. (2d) 97 .....	388
R. v. Chase .....	[1987] 2 S.C.R. 293 .....	389
R. v. Chehil .....	2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220 .....	69
R. v. Clarence .....	(1888), 22 Q.B.D. 23 .....	362
R. v. Clayton .....	2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725 .....	55, 71
R. v. Cluney .....	2013 NLCA 46, 338 Nfld. & P.E.I.R. 57 ....	581
R. v. Cole .....	2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34 .....	267
R. v. Collins .....	[1987] 1 S.C.R. 265 .....	53
R. v. Conway .....	[1989] 1 S.C.R. 1659 .....	327, 337
R. v. Conway .....	2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765 .....	256
R. v. Crocker .....	2009 BCCA 388, 275 B.C.A.C. 190 .....	72
R. v. Cuerrier .....	[1998] 2 S.C.R. 371 .....	358, 386
R. v. D.D. ....	2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275 .....	288
R. v. Daoust .....	2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217 .....	452
R. v. Dee .....	(1884), 14 L.R. Ir. 468 .....	374
R. v. Dineley .....	2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272 .....	616
R. v. Dymment .....	[1988] 2 S.C.R. 417 .....	267
R. v. Edwards .....	2004 BCCA 558, 205 B.C.A.C. 42 .....	343

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Evans .....	[1996] 1 S.C.R. 8 .....	51
R. v. Ewanchuk .....	1998 ABCA 52, 57 Alta. L.R. (3d) 235 .....	361
R. v. Ewanchuk .....	[1999] 1 S.C.R. 330 .....	352, 380
R. v. Feeney .....	[1997] 2 S.C.R. 13 .....	52, 76
R. v. Flattery .....	(1877), 2 Q.B.D. 410 .....	373
R. v. Forster .....	[1992] 1 S.C.R. 339 .....	65
R. v. G.C. ....	2010 ONCA 451, 266 O.A.C. 299 .....	374
R. v. Gamble .....	[1988] 2 S.C.R. 595 .....	426, 526
R. v. Gardiner .....	[1982] 2 S.C.R. 368 .....	470
R. v. Généreux .....	[1992] 1 S.C.R. 259 .....	426
R. v. Godoy .....	[1999] 1 S.C.R. 311 .....	52, 76
R. v. Golub .....	(1997), 34 O.R. (3d) 743 .....	76
R. v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Armah .....	[1968] A.C. 192 .....	534
R. v. Gruenke .....	[1991] 3 S.C.R. 263 .....	825
R. v. Harrer .....	[1995] 3 S.C.R. 562 .....	426
R. v. Henrico .....	2013 QCCA 1431 (CanLII) .....	581
R. v. Henry .....	2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609 .....	470
R. v. J.A. ....	2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440 .....	382
R. v. J.F. ....	2013 SCC 12, [2013] 1 S.C.R. 565 .....	343
R. v. J.-L.J. ....	2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600 .....	288, 299
R. v. J.P.G. ....	(2000), 130 O.A.C. 343 .....	527
R. v. Johnson .....	2013 ABCA 190, 85 Alta. L.R. (5th) 320 .....	581
R. v. Jolivet .....	2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751 .....	294
R. v. Joyal .....	(1990), 55 C.C.C. (3d) 233 .....	298
R. v. Kang-Brown .....	2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456 .....	69
R. v. Keyowski .....	[1988] 1 S.C.R. 657 .....	324
R. v. Khan .....	2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823 .....	292
R. v. Klassen .....	2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115 .....	298
R. v. M. (C.A.) .....	[1996] 1 S.C.R. 500 .....	414
R. v. Mabior .....	2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584 .....	358, 386, 618
R. v. MacKenzie .....	2013 SCC 50, [2013] 3 S.C.R. 250 .....	68
R. v. Mann .....	2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59 .....	47, 67
R. v. Miller .....	[1985] 2 S.C.R. 613 .....	513
R. v. Mohan .....	[1994] 2 S.C.R. 9 .....	288, 298
R. v. O.A. ....	2013 ONCA 581, 310 O.A.C. 305 .....	375
R. v. O'Connor .....	[1995] 4 S.C.R. 411 .....	322, 337
R. v. Pearson .....	[1992] 3 S.C.R. 665 .....	427
R. v. Plant .....	[1993] 3 S.C.R. 281 .....	267
R. v. Regan .....	2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297 .....	321, 339
R. v. Rezaie .....	(1996), 31 O.R. (3d) 713 .....	585
R. v. Rodgers .....	2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554 .....	403, 616
R. v. Sarrazin .....	2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505 .....	294, 303
R. v. Sault Ste. Marie .....	[1978] 2 S.C.R. 1299 .....	795
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Cheblak .....	[1991] 2 All E.R. 319 .....	533
R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Khawaja .....	[1984] 1 A.C. 74 .....	534

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Muboyayi .....	[1992] 1 Q.B. 244 .....	533
R. v. Serdyuk .....	2012 ABCA 205, 68 Alta. L.R. (5th) 152 ...	614
R. v. Sharpe .....	2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45 .....	618
R. v. Shropshire .....	[1995] 4 S.C.R. 227 .....	403
R. v. Shubley .....	[1990] 1 S.C.R. 3 .....	410
R. v. Silveira .....	[1995] 2 S.C.R. 297 .....	52
R. v. Stenning .....	[1970] S.C.R. 631 .....	54
R. v. Stinchcombe .....	[1991] 3 S.C.R. 326 .....	539
R. v. Stonefish .....	2012 MBCA 116, 288 Man. R. (2d) 103 ....	581
R. v. Storrey .....	[1990] 1 S.C.R. 241 .....	74
R. v. Summers .....	2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575 ...	607, 615
R. v. Trochym .....	2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239 .....	304
R. v. Tse .....	2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531 .....	59
R. v. Turner .....	[1975] 1 Q.B. 834 .....	288
R. v. Van .....	2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716 .....	303
R. v. Van Rassel .....	[1990] 1 S.C.R. 225 .....	409
R. v. Waterfield .....	[1963] 3 All E.R. 659 .....	54
R. v. Waugh .....	(1985), 68 N.S.R. (2d) 247 .....	324
R. v. Wigglesworth .....	[1987] 2 S.C.R. 541 .....	410
R. v. Wust .....	2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455 ...	420, 580, 615
R. v. Yumnu .....	2012 SCC 73, [2012] 3 S.C.R. 777 .....	35
R. v. Zarinchang .....	2010 ONCA 286, 99 O.R. (3d) 721 .....	327
R. v. Zinck .....	2003 SCC 6, [2003] 1 S.C.R. 41 .....	403
R.L.T.V. Investments Inc. v. Saskatchewan Telecommunications .....	2009 SKCA 83, 331 Sask. R. 78 .....	212
R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. ....	2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156 .....	195, 266
Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation and Communications .....	(1976), 14 O.R. (2d) 49 .....	793
Re References by the Governor-General in Council .....	(1910), 43 S.C.R. 536 .....	468
Re Sproule .....	(1886), 12 S.C.R. 140 .....	532
Re Trepanier .....	(1885), 12 S.C.R. 111 .....	532
Reach M.D. Inc. v. Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada .....	(2003), 65 O.R. (3d) 30 .....	212
Rees v. Royal Canadian Mounted Police .....	2005 NLCA 15, 246 Nfld. & P.E.I.R. 79 ....	552
Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House .....	[1980] 1 S.C.R. 54 .....	721
Reference re Manitoba Language Rights .....	[1985] 1 S.C.R. 721 .....	724
Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution .....	[1982] 2 S.C.R. 793 .....	726
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island .....	[1997] 3 S.C.R. 3 .....	723
Reference re Resolution to amend the Constitution .....	[1981] 1 S.C.R. 753 .....	726
Reference re Secession of Quebec .....	[1998] 2 S.C.R. 217 .....	456, 722
Reference re Securities Act .....	2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837 ...	469, 742
Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6 .....	2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433 .....	723
Reference re The Farm Products Marketing Act .....	[1957] S.C.R. 198 .....	469
Revenue and Customs Commissioners v. Total Network SL .....	[2008] UKHL 19, [2008] 1 A.C. 1174 .....	205

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Riendeau v. Compagnie de la Baie d’Hudson .....	2000 CanLII 9262 .....	25
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 S.C.R. 27 .....	494, 588
Roman Corporation Ltd. v. Hudson’s Bay Oil and Gas Co. Ltd. ....	[1973] S.C.R. 820 .....	210
Ruby v. Canada (Solicitor General) .....	2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3 .....	539
Rumley v. British Columbia .....	2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184 .....	21
Russell v. Canadian General Insurance Co. ....	(1999), 11 C.C.L.I. (3d) 284 .....	660
Rustenburg Platinum Mines Ltd. v. South African Airways .....	[1977] 1 Lloyd’s Rep. 564 .....	662
<b>S</b>		
Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp. ....	2013 SCC 37, [2013] 2 S.C.R. 623 .....	805
Sainte-Barbe (Municipalité de la paroisse) v. Cadieux .....	2004 CanLII 20665 .....	794
Sanders v. Snell .....	[1998] HCA 64, 196 C.L.R. 329 .....	205
Sarvanis v. Canada .....	2002 SCC 28, [2002] 1 S.C.R. 921 .....	451
Saturley v. CIBC World Markets Inc. ....	2011 NSSC 4, 297 N.S.R. (2d) 371 .....	100
Schachter v. Canada .....	[1992] 2 S.C.R. 679 .....	431
Schiffahrtsgesellschaft MS “Merkur Sky” m.b.H. & Co. K.G. v. MS Leerort Nth Schiffahrts G.m.b.H. & Co. K.G. (The “Leerort”) ....	[2001] EWCA Civ 1055, [2001] 2 Lloyd’s Rep. 291 .....	636
Sidney G. Jones Ltd. v. Martin Bencher Ltd. ....	[1986] 1 Lloyd’s Rep. 54 .....	662
Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance) .....	2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522 .....	835
Slavutych v. Baker .....	[1976] 1 S.C.R. 254 .....	825
Smith v. Alliance Pipeline Ltd. ....	2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 .....	687
Snell v. Farrell .....	[1990] 2 S.C.R. 311 .....	133
Sobeys Québec inc. v. Coopérative des consommateurs de Sainte- Foy .....	2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100 .....	832
Sous-ministre du Revenu du Québec v. Transport Lessard (1976) Ltée .....	[1985] R.D.J. 502 .....	793
Sparling v. Southam Inc. ....	(1988), 41 B.L.R. 22 .....	820
St. Ann’s Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King .....	[1950] S.C.R. 211 .....	792
St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette .....	2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392 .....	213
Stewart v. Stewart .....	2008 ABQB 348 (CanLII) .....	824
Stewart v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission ...	2008 NBCA 45, 331 N.B.R. (2d) 278 .....	552
Studer v. Cowper .....	[1951] S.C.R. 450 .....	648, 660
Symons General Insurance Co. v. Sabau Construction Inc. ....	[1986] R.J.Q. 2823 .....	664
Szeto v. Dwyer .....	2010 NLCA 36, 297 Nfld. & P.E.I.R. 311 ..	100
<b>T</b>		
Tarleton v. M’Gawley .....	(1793), Peake 270, 170 E.R. 153 .....	193
Terry v. Ohio .....	392 U.S. 1 (1968) .....	70
The “Bowbelle” .....	[1990] 1 Lloyd’s Rep. 532 .....	636
The Queen v. Sault Ste. Marie .....	[1978] 2 S.C.R. 1299 .....	63
The Queen in Right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool .....	[1983] 1 S.C.R. 205 .....	208
Therrien (Re) .....	2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3 .....	539
Thomas Cook Group Ltd. v. Air Malta Co. ....	[1997] 2 Lloyd’s Rep. 399 .....	649, 661
Thompson v. Fraser .....	[1955] S.C.R. 419 .....	648
Thomson v. Workers’ Compensation Appeals Tribunal .....	2003 NSCA 14, 212 N.S.R. (2d) 81 .....	552
Torquay Hotel Co., Ltd. v. Cousins .....	[1969] 1 All E.R. 522 .....	213

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Townsend v. Kroppmanns .....	2004 SCC 10, [2004] 1 S.C.R. 315 .....	594
Triglav v. Terrasses Jewellers Inc. ....	[1983] 1 S.C.R. 283 .....	664
<b>U</b>		
Union des consommateurs v. Bell Canada .....	2010 QCCA 351 (CanLII) .....	18
Union des consommateurs v. Bell Canada .....	2012 QCCA 1287, [2012] R.J.Q. 1243 .....	18
United States of America v. Cobb .....	2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587 .....	335
United States of America v. Shulman .....	2001 SCC 21, [2001] 1 S.C.R. 616 .....	339
<b>V</b>		
Van Camp Chocolates Ltd. v. Aulsebrooks Ltd. ....	[1984] 1 N.Z.L.R. 354 .....	206
Vaughan v. Warner Communications, Inc. ....	(1986), 56 O.R. (2d) 242 .....	102
Ville de Montréal v. Chapdelaine .....	[2003] R.J.Q. 1417 .....	790
<b>W</b>		
Walker v. Coates .....	[1968] S.C.R. 599 .....	648
Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes .....	131 S. Ct. 2541 (2011) .....	25
Westcoast Landfill Diversion Corp. v. Cowichan Valley (Regional District) .....	2009 BCSC 53, 55 M.P.L.R. (4th) 208 .....	216
Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton .....	2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534 .....	8
Westmount (City) v. Rossy .....	2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136 .....	780
Wiretap Reference .....	[1984] 2 S.C.R. 697 .....	57
<b>Y</b>		
York University .....	[2007] OLRB Rep. 659 .....	255

## TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
0856464 B.C. Ltd. c. TimberWest Forest Corp. ....	2012 BCSC 597, 89 C.B.R. (5th) 235 .....	216
<b>A</b>		
ADGA Systems International Ltd. c. Valcom Ltd. ....	(1999), 43 O.R. (3d) 101 .....	632
Aetna Casualty and Surety Co. c. Groupe Estrie, mutuelle d'assurance contre l'incendie .....	[1990] R.J.Q. 1792 .....	664
Agribands Purina Canada Inc. c. Kasamekas .....	2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427 .....	211
Aguonie c. Galion Solid Waste Material Inc. ....	(1998), 38 O.R. (3d) 161 .....	105
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association .....	2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 ....	263, 554
Allen c. Flood .....	[1898] A.C. 1 .....	196
Alleslev-Krofchak c. Valcom Ltd. ....	2010 ONCA 557, 322 D.L.R. (4th) 193 ....	213
Alliance de la Fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor (Agence des services frontaliers du Canada) .....	2012 CRTFP 58 (CanLII) .....	255
Angers c. Mutual Reserve Fund Life Assn. ....	(1904), 35 R.C.S. 330 .....	133
Apple Canada Inc. c. St-Germain .....	2010 QCCA 1376, [2010] R.J.Q. 1627 .....	29
Arizona c. Johnson .....	129 S. Ct. 781 (2009) .....	70
AT & T Corp. c. Hulteen .....	129 S. Ct. 1962 (2009) .....	777
Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada .....	[1912] A.C. 571 .....	468
Attorney General's Reference (No. 3 of 2003) .....	[2004] EWCA Crim 868, [2005] Q.B. 73 ...	649
Audet c. Transamerica Life Canada .....	2012 QCCA 1746, [2012] R.J.Q. 1844 ....	665
Aurchem Exploration Ltd. c. Canada .....	[1992] A.C.F. n° 427 (QL) .....	793
Avgeropoulos c. Karanasos .....	(1969), 6 D.L.R. (3d) 34 .....	660
<b>B</b>		
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) .....	[1999] 2 R.C.S. 817 .....	539
Bal Global Finance Canada Corp. c. Aliments Breton (Canada) inc. ....	2010 QCCS 325 (CanLII) .....	101
Banque de Montréal c. Metropolitan Investigation & Security (Can- ada) Ltd. ....	[1975] 2 R.C.S. 546 .....	469
Barber c. Vrozos .....	2010 ONCA 570, 322 D.L.R. (4th) 577 ....	213
Baron c. Canada .....	[1993] 1 R.C.S. 416 .....	68
Beaver c. The Queen .....	[1957] R.C.S. 531 .....	63
Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) .....	[1988] 1 R.C.S. 749 .....	775
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex .....	2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559 ....	589, 616
Bloom Films 1998 inc. c. Christal Films productions inc. ....	2011 QCCA 1171 (CanLII) .....	824
Borowski c. Canada (Procureur général) .....	[1989] 1 R.C.S. 342 .....	513
Bouchard c. Agropur Coopérative .....	2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349 .....	18
Boucher c. The Queen .....	[1955] R.C.S. 16 .....	332
Brown c. B2B Trust .....	2012 QCCA 900 (CanLII) .....	28

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak .....	2014 CSC 8, [2014] 1 R.C.S. 126 .....	93
Burke c. Cie de la Baie d'Hudson .....	2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273 .....	176
Bushell's Case .....	(1670), Vaughan 135, 124 E.R. 1006 .....	519
<b>C</b>		
Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie .....	2004 CSC 55, [2004] 3 R.C.S. 195 .....	779
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa .....	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 .....	536
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada) .....	2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66 .....	699
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass .....	[1997] 3 R.C.S. 391 .....	323, 337
Canada Post Corp. c. Smith .....	(1998), 40 O.R. (3d) 97 .....	552
Canada (Procureur général) c. Lameman .....	2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372 .....	102
Canadian Broadcasting Corp. c. Luo .....	2009 BCCA 318, 273 B.C.A.C. 203 .....	552
Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd. ....	[1976] 1 R.C.S. 309 .....	666
Canberra Data Centres Pty Ltd. c. Vibe Constructions (ACT) Pty Ltd. ....	[2010] ACTSC 20, 173 A.C.T.R. 33 .....	206
Canuck Security Services Ltd. c. Gill .....	2013 BCSC 893 (CanLII) .....	216
Cape Breton Development Corp. c. Morrison Estate .....	2003 NSCA 103, 218 N.S.R. (2d) 53 .....	564
Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent .....	[1985] 2 R.C.S. 643 .....	513
Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan ....	[1979] 1 R.C.S. 42 .....	210
Central Trust Co. c. Rafuse .....	[1986] 2 R.C.S. 147 .....	216
Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux) .....	2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281 .....	792
CFTO-TV Limited .....	(1995), 97 di 35 .....	255
Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration) .....	2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 .....	541
Chesal c. Nova Scotia (Attorney General) .....	2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139 .....	696
Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	[1992] 1 R.C.S. 711 .....	539
Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette .....	2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392 .....	213
Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd. .....	[1983] 1 R.C.S. 452 .....	201
City of Verdun c. Sun Oil Co. ....	[1952] 1 R.C.S. 222 .....	794
Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît .....	2011 QCCA 826 (CanLII) .....	20
Comité d'environnement de La Baie inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Itée .....	[1990] R.J.Q. 655 .....	25
Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil .....	[1999] R.J.Q. 1883 .....	777
Commission hydro-électrique de Kenora (Ville) c. Vacationland Dairy Co-operative Ltd. ....	[1994] 1 R.C.S. 80 .....	793
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada .....	(1994), 95 di 78 .....	255
Compania Maritima San Basilio S.A. c. The Oceanus Mutual Under- writing Association (Bermuda) Ltd. (The « Eurysthenes ») .....	[1976] 2 Lloyd's Rep. 171 .....	662
Consolidated Bathurst Packaging Ltd. ....	[1983] OLRB Rep. 1411 .....	255
Conversions by Vantasy Ltd. c. General Motors of Canada Ltd. ....	2006 MBCA 69, 205 Man. R. (2d) 131 .....	213
Conway c. Zinkhofer .....	2008 ABCA 392 (CanLII) .....	212
Correia c. Canac Kitchens .....	2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353 .....	213
Cunningham c. Canada .....	[1993] 2 R.C.S. 143 .....	404



INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>D</b>		
Daina Shipping Co. c. Te Runanga O Ngati Awa .....	[2013] NZHC 500, [2013] 2 N.Z.L.R. 799 ....	638
Dawson c. Rexcraft Storage and Warehouse Inc. ....	(1998), 164 D.L.R. (4th) 257 .....	105
Dedman c. La Reine .....	[1985] 2 R.C.S. 2 .....	54
Del Guidice c. Honda Canada inc. ....	2007 QCCA 922, [2007] R.J.Q. 1496 .....	26
Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re) .....	2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248 .....	618
Derry c. Peek .....	(1889), 14 App. Cas. 337 .....	132
Diver c. Loktronic Industries Ltd. ....	[2012] NZCA 131 (NZLII) .....	206
Doré c. Barreau du Québec .....	2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395 .....	618
Douglas c. Hello! Ltd. ....	[2005] EWCA Civ 595, [2005] 4 All E.R. 128 .....	221
Drouillard c. Cogeco Cable Inc. ....	2007 ONCA 322, 86 O.R. (3d) 431 .....	213
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick .....	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 .....	517, 572, 687
<b>E</b>		
Edwards c. Attorney-General for Canada .....	[1930] A.C. 124 .....	447, 724
Edwards c. Barreau du Haut-Canada .....	2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562 .....	208
États-Unis d'Amérique c. Cobb .....	2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587 .....	335
États-Unis d'Amérique c. Shulman .....	2001 CSC 21, [2001] 1 R.C.S. 616 .....	339
<b>F</b>		
F.H. c. McDougall .....	2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41 .....	698
Ferlatte c. Ventes Rudolph inc. ....	[1999] Q.J. No. 2735 (QL) .....	816
Figueroa c. Canada (Procureur général) .....	2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912 .....	720
Ford Glass Limited .....	[1986] OLRB Rep. 624 .....	255
Forder c. Great Western Railway Co. ....	[1905] 2 K.B. 532 .....	662
Frey c. BCE Inc. ....	2011 SKCA 136, 377 Sask. R. 156 .....	22
<b>G</b>		
Gagnon c. Foundation Maritime Ltd. ....	[1961] R.C.S. 435 .....	209
General Motors du Canada ltée c. Billette .....	2009 QCCA 2476, [2010] R.J.Q. 66 .....	29
Gershman c. Manitoba Vegetable Producers' Marketing Board .....	(1976), 69 D.L.R. (3d) 114 .....	212
Globe and Mail c. Canada (Procureur général) .....	2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592 .....	815
Goldhar c. The Queen .....	[1960] R.C.S. 431 .....	532
Goulais c. Restoule .....	[1975] 1 R.C.S. 365 .....	648
Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada .....	2002 CSC 21, [2002] 1 R.C.S. 719 .....	644
<b>H</b>		
Hardie Finance Corporation Pty Ltd. c. Ahern (No. 3) .....	[2010] WASC 403 (AustLII) .....	206
Harmegnies c. Toyota Canada inc. ....	2008 QCCA 380 (CanLII) .....	18
Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth .....	2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129 .....	208

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Hollick c. Toronto (Ville) .....	2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158 .....	8
Horabin c. British Overseas Airways Corp. ....	[1952] 2 Lloyd's Rep. 450 .....	662
Housen c. Nikolaisen .....	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 .....	116
Hryniak c. Mauldin .....	2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87 .....	129
Hunt c. Carey Canada Inc. ....	[1990] 2 R.C.S. 959 .....	210
Hunt c. T&N plc .....	[1993] 4 R.C.S. 289 .....	469
Hunter c. Southam Inc. ....	[1984] 2 R.C.S. 145 .....	69, 447, 724
<b>I</b>		
Infineon Technologies AG c. Option consommateurs .....	2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600 .....	19
International Brotherhood of Teamsters c. Therien .....	[1960] R.C.S. 265 .....	207
<b>J</b>		
Jones c. Cunningham .....	371 U.S. 236 (1962) .....	527
<b>K</b>		
Kelly c. Communauté des Sœurs de la Charité de Québec .....	[1995] J.Q. n° 3377 (QL) .....	26
Kelvin Energy Ltd. c. Lee .....	[1992] 3 R.C.S. 235 .....	820
Kenyon Son c. Baxter, Hoare & Co. ....	[1971] 1 Lloyd's Rep. 232 .....	662
Kienapple c. La Reine .....	[1975] 1 R.C.S. 729 .....	409
Knight c. Indian Head School Division No. 19 .....	[1990] 1 R.C.S. 653 .....	539
Knowlton c. La Reine .....	[1974] R.C.S. 443 .....	55
Kosko c. Bijimine .....	2006 QCCA 671, [2006] R.J.Q. 1539 .....	820
<b>L</b>		
La Reine c. Sault Ste-Marie .....	[1978] 2 R.C.S. 1299 .....	63
La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool .....	[1983] 1 R.C.S. 205 .....	208
Laceys Footwear (Wholesale) Ltd. c. Bowler International Freight Ltd. ....	[1997] 2 Lloyd's Rep. 369 .....	662
Lake c. Canada (Ministre de la Justice) .....	2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761 .....	536
Lallier c. Volkswagen Canada inc. ....	2007 QCCA 920, [2007] R.J.Q. 1490 .....	25
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville) .....	[1989] 1 R.C.S. 705 .....	794
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario .....	[1991] 2 R.C.S. 211 .....	248, 264
Lévis (Ville) c. Tétreault .....	2006 CSC 12, [2006] 1 R.C.S. 420 .....	63
Lewis c. Great Western Railway Co. ....	(1877), 3 Q.B.D. 195 .....	649, 660
Libo-on c. Alberta (Fort Saskatchewan Correctional Centre) .....	2004 ABQB 416, 32 Alta. L.R. (4th) 128 .....	531
Loblaw Québec Ltée c. Alimentation Gérard Villeneuve (1998) inc. ....	[2000] R.J.Q. 2498 .....	794
London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd. ....	[1992] 3 R.C.S. 299 .....	632
Luger c. Empire, cie d'assurance vie .....	[1991] J.Q. n° 2635 (QL) .....	822
<b>M</b>		
Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada .....	[1991] 2 R.C.S. 50 .....	792
Marcotte c. Longueuil (Ville) .....	2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65 .....	19

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Margolle c. Delta Maritime Co. (The « Saint Jacques II » and « Gudermes ») .....	[2002] EWHC 2452, [2003] 1 Lloyd's Rep. 203 .....	635
Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession) .....	2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53 .....	569
Markling c. Ewaniuk .....	[1968] R.C.S. 776 .....	648
Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui .....	[1980] 1 R.C.S. 602 .....	520
Mascouche (Ville) c. Thiffault .....	1996 CanLII 6503 .....	793
May c. Établissement Ferndale .....	2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809 .....	513
McCulloch c. Murray .....	[1942] R.C.S. 141 .....	648, 659
McLellan c. Workers' Compensation Appeals Tribunal .....	2003 NSCA 106, 218 N.S.R. (2d) 176 .....	564
Medicine Shoppe Canada Inc. c. Devchand .....	2012 ABQB 375, 541 A.R. 312 .....	100
Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé) .....	2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23 .....	696
Millcroft Inn Ltd. and CAW-Canada, Local 448 .....	(2000), 63 C.L.R.B.R. (2d) 181 .....	238
Mitchell c. La Reine .....	[1976] 2 R.C.S. 570 .....	522
Mogul Steamship Company c. McGregor, Gow, & Co. .....	(1889), 23 Q.B.D. 598 .....	196
Monarch Transport Inc. et Dempsey Freight Systems Ltd. .....	2003 CCRI 249 (CanLII) .....	238
Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) .....	[1996] 1 R.C.S. 75 .....	522
Morgentaler c. La Reine .....	[1976] 1 R.C.S. 616 .....	494
Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention .....	[1985] 2 R.C.S. 662 .....	513
MSC Mediterranean Shipping Co. S.A. c. Delumar BVBA (The « MSC Rosa M ») .....	[2000] 2 Lloyd's Rep. 399 .....	639
<b>N</b>		
National Oilwell (UK) Ltd. c. Davy Offshore Ltd. .....	[1993] 2 Lloyd's Rep. 582 .....	662
National Semiconductors (UK) Ltd. c. UPS Ltd. .....	[1996] 2 Lloyd's Rep. 212 .....	662
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative) .....	[1993] 1 R.C.S. 319 .....	724
Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor) .....	2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 .....	535
No. 1 Collision Repair & Painting (1982) Ltd. c. Insurance Corp. of British Columbia .....	2000 BCCA 463, 80 B.C.L.R. (3d) 62 .....	193
Nolan c. Kerry (Canada) Inc. .....	2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678 .....	170
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.) .....	[1999] 3 R.C.S. 46 .....	98
Nugent c. Michael Goss Aviation Ltd. .....	[2000] 2 Lloyd's Rep. 222 .....	634
<b>O</b>		
O'Dwyer c. Ontario Racing Commission .....	2008 ONCA 446, 293 D.L.R. (4th) 559 .....	213
OBG Ltd. c. Allan .....	[2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1 .....	190
Ontario (Attorney General) c. Pascoe .....	(2002), 166 O.A.C. 88 .....	687
Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) c. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor) .....	(1999), 46 O.R. (3d) 395 .....	687
Ontario (Minister of Health and Long-Term Care) c. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner) .....	(2004), 73 O.R. (3d) 321 .....	687
Ontario (Minister of Transportation) c. Cropley .....	(2005), 202 O.A.C. 379 .....	687

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Ontario (Ministre des Finances) c. Ontario (Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée) .....	2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 767 .....	687
Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association .....	2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 .....	687
ordonnance PO-2312 .....	2004 CanLII 56430 .....	683
ordonnance PO-2518 .....	2006 CanLII 50861 .....	693
ordonnance PO-3157 .....	2013 CanLII 28809 .....	696
<b>P</b>		
P. Sun's Enterprises (Vancouver) Ltd. and CAW-Canada, Local 114.....	(2003), 99 C.L.R.B.R. (2d) 110 .....	238
Parna c. G. & S. Properties Ltd. ....	[1971] R.C.S. 306 .....	133
Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board) .....	[1997] 2 R.C.S. 890 .....	569
Peiroo c. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	(1989), 69 O.R. (2d) 253 .....	528
Polar Ice Express Inc. c. Arctic Glacier Inc. ....	2009 ABCA 20, 446 A.R. 295 .....	212
Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re) .....	2013 QCCA 1807 (CanLII) .....	719
<b>Q</b>		
Quan c. Cusson .....	2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712 .....	262
Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc. ....	2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838 .....	833
Québec (Ville de) c. Société immobilière du Québec .....	2013 QCCA 305 (CanLII) .....	795
Quinn c. Leathem .....	[1901] A.C. 495 .....	201
<b>R</b>		
R. c. A.A.M. ....	2013 NLCA 26, 335 Nfld. & P.E.I.R. 199 ...	614
R. c. A.M. ....	2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569 .....	52, 70
R. c. Abbey .....	2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330 .....	289
R. c. Advance Cutting & Coring Ltd. ....	2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209 ...	248, 264
R. c. Atkins .....	2013 ONCA 586, 310 O.A.C. 397 .....	72
R. c. Aucoin .....	2012 CSC 66, [2012] 3 R.C.S. 408 .....	71
R. c. Ballony-Reeder .....	2001 BCCA 293, 88 B.C.L.R. (3d) 237 ....	298
R. c. Bellusci .....	2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509 ...	326, 339
R. c. Bevan .....	[1993] 2 R.C.S. 599 .....	292
R. c. Big M Drug Mart Ltd. ....	[1985] 1 R.C.S. 295 .....	421, 447, 724
R. c. Bjelland .....	2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651 .....	328
R. c. Boulanger .....	2006 CSC 32, [2006] 2 R.C.S. 49 .....	649
R. c. Bradbury .....	2013 BCCA 280, 339 B.C.A.C. 169 .....	581
R. c. Carvery .....	2012 NSCA 107, 321 N.S.R. (2d) 321 .....	581
R. c. Carvery .....	2014 CSC 27, [2014] 1 R.C.S. 605 .....	615
R. c. Caslake .....	[1998] 1 R.C.S. 51 .....	72
R. c. Chaisson .....	[1995] 2 R.C.S. 1118 .....	403
R. c. Chase .....	(1984), 55 R.N.-B. (2 <sup>e</sup> ) 97 .....	388
R. c. Chase .....	[1987] 2 R.C.S. 293 .....	389
R. c. Chehil .....	2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220 .....	69
R. c. Clarence .....	(1888), 22 Q.B.D. 23 .....	362
R. c. Clayton .....	2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725 .....	55, 71
R. c. Cluney .....	2013 NLCA 46, 338 Nfld. & P.E.I.R. 57 ...	581
R. c. Cole .....	2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34 .....	267

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Collins .....	[1987] 1 R.C.S. 265 .....	53
R. c. Conway .....	[1989] 1 R.C.S. 1659 .....	327, 337
R. c. Conway .....	2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765 .....	256
R. c. Crocker .....	2009 BCCA 388, 275 B.C.A.C. 190 .....	72
R. c. Cuerrier .....	[1998] 2 R.C.S. 371 .....	358, 386
R. c. D.D. ....	2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275 .....	288
R. c. Daoust .....	2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217 .....	452
R. c. Dee .....	(1884), 14 L.R. Ir. 468 .....	374
R. c. Dineley .....	2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272 .....	616
R. c. Dymont .....	[1988] 2 R.C.S. 417 .....	267
R. c. Edwards .....	2004 BCCA 558, 205 B.C.A.C. 42 .....	343
R. c. Evans .....	[1996] 1 R.C.S. 8 .....	51
R. c. Ewanchuk .....	1998 ABCA 52, 57 Alta. L.R. (3d) 235 .....	361
R. c. Ewanchuk .....	[1999] 1 R.C.S. 330 .....	352, 380
R. c. Feeney .....	[1997] 2 R.C.S. 13 .....	52, 76
R. c. Flattery .....	(1877), 2 Q.B.D. 410 .....	373
R. c. Forster .....	[1992] 1 R.C.S. 339 .....	65
R. c. G.C. ....	2010 ONCA 451, 266 O.A.C. 299 .....	374
R. c. Gamble .....	[1988] 2 R.C.S. 595 .....	426, 526
R. c. Gardiner .....	[1982] 2 R.C.S. 368 .....	470
R. c. Généreux .....	[1992] 1 R.C.S. 259 .....	426
R. c. Godoy .....	[1999] 1 R.C.S. 311 .....	52, 76
R. c. Golub .....	(1997), 34 O.R. (3d) 743 .....	76
R. c. Governor of Brixton Prison, Ex parte Armah .....	[1968] A.C. 192 .....	534
R. c. Gruenke .....	[1991] 3 R.C.S. 263 .....	825
R. c. Harrer .....	[1995] 3 R.C.S. 562 .....	426
R. c. Henrico .....	2013 QCCA 1431, [2013] R.J.Q. 1349 .....	581
R. c. Henry .....	2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609 .....	470
R. c. J.A. ....	2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440 .....	382
R. c. J.F. ....	2013 CSC 12, [2013] 1 R.C.S. 565 .....	343
R. c. J.-L.J. ....	2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600 .....	288, 299
R. c. J.P.G. ....	(2000), 130 O.A.C. 343 .....	527
R. c. Johnson .....	2013 ABCA 190, 85 Alta. L.R. (5th) 320 .....	581
R. c. Jolivet .....	2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751 .....	294
R. c. Joyal .....	(1990), 55 C.C.C. (3d) 233 .....	298
R. c. Kang-Brown .....	2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456 .....	69
R. c. Keyowski .....	[1988] 1 R.C.S. 657 .....	324
R. c. Khan .....	2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823 .....	292
R. c. Klassen .....	2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115 .....	298
R. c. M. (C.A.) .....	[1996] 1 R.C.S. 500 .....	414
R. c. Mabior .....	2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584 .....	358, 386, 618
R. c. MacKenzie .....	2013 CSC 50, [2013] 3 R.C.S. 250 .....	68
R. c. Mann .....	2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59 .....	47, 67
R. c. Miller .....	[1985] 2 R.C.S. 613 .....	513
R. c. Mohan .....	[1994] 2 R.C.S. 9 .....	288, 298
R. c. O.A. ....	2013 ONCA 581, 310 O.A.C. 305 .....	375
R. c. O'Connor .....	[1995] 4 R.C.S. 411 .....	322, 337

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Pearson .....	[1992] 3 R.C.S. 665 .....	427
R. c. Plant .....	[1993] 3 R.C.S. 281 .....	267
R. c. Regan .....	2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297 ...	321, 339
R. c. Rezaie .....	(1996), 31 O.R. (3d) 713 .....	585
R. c. Rodgers .....	2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554 ...	403, 616
R. c. Sarrazin .....	2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505 ...	294, 303
R. c. Sault Ste-Marie .....	[1978] 2 R.C.S. 1299 .....	795
R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Cheblak ...	[1991] 2 All E.R. 319 .....	533
R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Khawaja .....	[1984] 1 A.C. 74 .....	534
R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Muboyayi ...	[1992] 1 Q.B. 244 .....	533
R. c. Serdyuk .....	2012 ABCA 205, 68 Alta. L.R. (5th) 152 ...	614
R. c. Sharpe .....	2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45 .....	618
R. c. Shropshire .....	[1995] 4 R.C.S. 227 .....	403
R. c. Shubley .....	[1990] 1 R.C.S. 3 .....	410
R. c. Silveira .....	[1995] 2 R.C.S. 297 .....	52
R. c. Stenning .....	[1970] R.C.S. 631 .....	54
R. c. Stinchcombe .....	[1991] 3 R.C.S. 326 .....	539
R. c. Stonefish .....	2012 MBCA 116, 288 Man. R. (2d) 103 ...	581
R. c. Storrey .....	[1990] 1 R.C.S. 241 .....	74
R. c. Summers .....	2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575 ...	607, 615
R. c. Trochym .....	2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239 .....	304
R. c. Tse .....	2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531 .....	59
R. c. Turner .....	[1975] 1 Q.B. 834 .....	288
R. c. Van .....	2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716 .....	303
R. c. Van Rassel .....	[1990] 1 R.C.S. 225 .....	409
R. c. Waterfield .....	[1963] 3 All E.R. 659 .....	54
R. c. Waugh .....	(1985), 68 N.S.R. (2d) 247 .....	324
R. c. Wigglesworth .....	[1987] 2 R.C.S. 541 .....	410
R. c. Wust .....	2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455 ...	420, 580, 615
R. c. Yumnu .....	2012 CSC 73, [2012] 3 R.C.S. 777 .....	35
R. c. Zarinchang .....	2010 ONCA 286, 99 O.R. (3d) 721 .....	327
R. c. Zinck .....	2003 CSC 6, [2003] 1 R.C.S. 41 .....	403
R.L.T.V. Investments Inc. c. Saskatchewan Telecommunications .....	2009 SKCA 83, 331 Sask. R. 78 .....	212
Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation and Communica- tions .....	(1976), 14 O.R. (2d) 49 .....	793
Re References by the Governor-General in Council .....	(1910), 43 R.C.S. 536 .....	468
Re Sproule .....	(1886), 12 R.C.S. 140 .....	532
Re Trepanier .....	(1885), 12 R.C.S. 111 .....	532
Reach M.D. Inc. c. Pharmaceutical Manufacturers Association of Canada .....	(2003), 65 O.R. (3d) 30 .....	212
Rees c. Royal Canadian Mounted Police .....	2005 NLCA 15, 246 Nfld. & P.E.I.R. 79 ...	552
Reference re The Farm Products Marketing Act .....	[1957] R.C.S. 198 .....	469
Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6 .....	2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433 .....	723
Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières .....	2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837 ...	469, 742

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard .....	[1997] 3 R.C.S. 3 .....	723
Renvoi relatif à la sécession du Québec .....	[1998] 2 R.C.S. 217 .....	456, 722
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba .....	[1985] 1 R.C.S. 721 .....	724
Renvoi sur l'écoute électronique .....	[1984] 2 R.C.S. 697 .....	57
Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute .....	[1980] 1 R.C.S. 54 .....	722
Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution .....	[1982] 2 R.C.S. 793 .....	726
Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution .....	[1981] 1 R.C.S. 753 .....	726
Revenue and Customs Commissioners c. Total Network SL .....	[2008] UKHL 19, [2008] 1 A.C. 1174 .....	205
Riendeau c. Compagnie de la Baie d'Hudson .....	2000 CanLII 9262 .....	25
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 R.C.S. 27 .....	494, 588
Roman Corporation Ltd. c. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd. ....	[1973] R.C.S. 820 .....	210
Ruby c. Canada (Solliciteur général) .....	2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3 .....	539
Rumley c. Colombie-Britannique .....	2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184 .....	21
Russell c. Canadian General Insurance Co. ....	(1999), 11 C.C.L.I. (3d) 284 .....	660
Rustenburg Platinum Mines Ltd. c. South African Airways .....	[1977] 1 Lloyd's Rep. 564 .....	662
<b>S</b>		
S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. ....	2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156 .....	195, 266
Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp. ....	2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623 .....	805
Sainte-Barbe (Municipalité de la paroisse) c. Cadieux .....	2004 CanLII 20665 .....	794
Sanders c. Snell .....	[1998] HCA 64, 196 C.L.R. 329 .....	205
Sarvanis c. Canada .....	2002 CSC 28, [2002] 1 R.C.S. 921 .....	451
Saturley c. CIBC World Markets Inc. ....	2011 NSSC 4, 297 N.S.R. (2d) 371 .....	100
Schachter c. Canada .....	[1992] 2 R.C.S. 679 .....	431
Schiffahrtsgesellschaft MS « Merkur Sky » m.b.H. & Co. K.G. c. MS Leerort Nth Schiffahrts G.m.b.H. & Co. K.G. (The « Leerort ») ....	[2001] EWCA Civ 1055, [2001] 2 Lloyd's Rep. 291 .....	636
SEFPO c. Ontario (Procureur général) .....	[1987] 2 R.C.S. 2 .....	724
Sidney G. Jones Ltd. c. Martin Bencher Ltd. ....	[1986] 1 Lloyd's Rep. 54 .....	662
Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances) .....	2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522 .....	835
Slavutych c. Baker .....	[1976] 1 R.C.S. 254 .....	825
Smith c. Alliance Pipeline Ltd. ....	2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 .....	687
Snell c. Farrell .....	[1990] 2 R.C.S. 311 .....	133
Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy .....	2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100 .....	832
Société canadienne des postes .....	(1994), 96 di 48 .....	255
Sous-ministre du Revenu du Québec c. Transport Lessard (1976) Ltée .....	[1985] R.D.J. 502 .....	793
Sparling c. Southam Inc. ....	(1988), 41 B.L.R. 22 .....	820
St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King .....	[1950] R.C.S. 211 .....	792
Stewart c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail .....	2008 NBCA 45, 331 R.N.-B. (2 <sup>e</sup> ) 278 .....	552

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Stewart c. Stewart .....	2008 ABQB 348 (CanLII) .....	824
Studer c. Cowper .....	[1951] R.C.S. 450 .....	648, 660
Succession Odhavji c. Woodhouse .....	2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263 .....	208
Symons General Insurance Co. c. Sabau Construction Inc. ....	[1986] R.J.Q. 2823 .....	664
Szeto c. Dwyer .....	2010 NLCA 36, 297 Nfld. & P.E.I.R. 311 .....	100
<b>T</b>		
Tarleton c. M’Gawley .....	(1793), Peake 270, 170 E.R. 153 .....	193
Terry c. Ohio .....	392 U.S. 1 (1968) .....	70
The « Bowbelle » .....	[1990] 1 Lloyd’s Rep. 532 .....	636
Therrien (Re) .....	2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3 .....	539
Thomas Cook Group Ltd. c. Air Malta Co. ....	[1997] 2 Lloyd’s Rep. 399 .....	649, 661
Thompson c. Fraser .....	[1955] R.C.S. 419 .....	648
Thomson c. Workers’ Compensation Appeals Tribunal .....	2003 NSCA 14, 212 N.S.R. (2d) 81 .....	552
Torquay Hotel Co., Ltd. c. Cousins .....	[1969] 1 All E.R. 522 .....	213
Townsend c. Kroppmanns .....	2004 CSC 10, [2004] 1 R.C.S. 315 .....	594
Triglav c. Terrasses Jewellers Inc. ....	[1983] 1 R.C.S. 283 .....	664
<b>U</b>		
Union des consommateurs c. Bell Canada .....	2010 QCCA 351 (CanLII) .....	18
Union des consommateurs c. Bell Canada .....	2012 QCCA 1287, [2012] R.J.Q. 1243 .....	18
<b>V</b>		
Van Camp Chocolates Ltd. c. Aulsebrooks Ltd. ....	[1984] 1 N.Z.L.R. 354 .....	206
Vaughan c. Warner Communications, Inc. ....	(1986), 56 O.R. (2d) 242 .....	102
Ville de Montréal c. Chapdelaine .....	[2003] R.J.Q. 1417 .....	790
<b>W</b>		
Walker c. Coates .....	[1968] R.C.S. 599 .....	648
Wal-Mart Stores, Inc. c. Dukes .....	131 S. Ct. 2541 (2011) .....	25
Westcoast Landfill Diversion Corp. c. Cowichan Valley (Regional District) .....	2009 BCSC 53, 55 M.P.L.R. (4th) 208 .....	216
Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton .....	2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534 .....	8
Westmount (Ville) c. Rossy .....	2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136 .....	780
<b>Y</b>		
York University .....	[2007] OLRB Rep. 659 .....	255



## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
<i>Abolition of Early Parole Act</i> , S.C. 2011, c. 11		<i>Constitution Act, 1982</i>	
s. 10(1) .....	392	s. 38(1) .....	704
<i>Act respecting land use planning and develop-</i>		s. 38(2) .....	704
<i>ment</i> , CQLR, c. A-19.1		s. 41(d) .....	433
s. 227 .....	784	s. 41(e) .....	704
<i>Act respecting occupational health and safety</i> ,		s. 42(1)(b) .....	704
CQLR, c. S-2.1		s. 42(1)(c) .....	704
s. 1 “worker” .....	765	s. 43 .....	704
s. 2 .....	765	s. 44 .....	704
s. 4 .....	765	<i>Corrections and Conditional Release Act</i> ,	
s. 11 .....	765	S.C. 1992, c. 20	
s. 12 .....	765	ss. 27 to 29 .....	502
s. 14 .....	765	<i>Corrections and Conditional Release Regula-</i>	
s. 30 .....	765	<i>tions</i> , SOR/92-620	
s. 40 .....	765	s. 5 .....	502
s. 41 .....	765	s. 13 .....	502
<b>C</b>			
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms ...</i>	83	<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46	
s. 1 .....	392	s. 95 .....	37
s. 2(d) .....	227	s. 265(3)(c) .....	346
s. 8 .....	37	s. 273.1(1) .....	346
s. 10 .....	138	s. 686(1)(b)(iii) .....	78, 272
s. 11(h) .....	392	s. 719(3) .....	575, 605
s. 24(2) .....	138	s. 719(3.1) .....	575, 605
<i>Christopher’s Law (Sex Offender Registry)</i> ,		<b>F</b>	
2000, S.O. 2000, c. 1		<i>Freedom of Information and Protection of</i>	
s. 10 .....	674	<i>Privacy Act</i> , R.S.O. 1990, c. F.31	
s. 13 .....	674	s. 14 .....	674
<i>Cities and Towns Act</i> , CQLR, c. C-19		s. 67 .....	674
s. 576 .....	784	<b>G</b>	
<i>Civil Code of Québec</i>		<i>Government Employees Compensation Act</i> ,	
art. 2085 .....	765	R.S.C. 1985, c. G-5	
<i>Code of Civil Procedure</i> , CQLR, c. C-25		s. 2 .....	546
art. 151.21 .....	800	s. 4 .....	546
art. 4.2 .....	3		
art. 1003(a) .....	3		

	PAGE		PAGE
<b>M</b>		<b>S</b>	
<i>Manitoba Telephone System Reorganization and Consequential Amendments Act</i> , S.M. 1996, c. 79	142	<i>Supreme Court Act</i> , R.S.C. 1985, c. S-26	
s. 15 .....		s. 5 .....	433
<i>Marine Insurance Act</i> , S.C. 1993, c. 22	621	s. 5.1 .....	433
s. 53(2) .....		s. 6 .....	433
<i>Marine Liability Act</i> , S.C. 2001, c. 6	621	s. 6.1 .....	433
s. 29 .....		<b>T</b>	
<b>P</b>		<i>Truth in Sentencing Act</i> , S.C. 2009, c. 29	
<i>Privacy Act</i> , R.S.C. 1985, c. P-21	227	s. 5 .....	612
s. 8(2)(a) .....		<b>W</b>	
<i>Public Service Labour Relations Act</i> , S.C. 2003, c. 22	227	<i>Workers' Compensation Act</i> , R.S.A. 2000, c. W-15	
s. 2 .....		s. 1 .....	546
s. 186(1)(a) .....	227	<b>R</b>	
<b>R</b>		<i>Rules of Civil Procedure</i> , R.R.O. 1990, Reg. 194	
<i>Rules of Civil Procedure</i> , R.R.O. 1990, Reg. 194	87, 126	Rule 20 .....	

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>C</b>			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i> .....	83	art. 42(1)b) .....	704
art. 1 .....	392	art. 42(1)c) .....	704
art. 2d) .....	227	art. 43 .....	704
art. 8 .....	37	art. 44 .....	704
art. 10 .....	138	<i>Loi sur l'abolition de la libération anticipée</i>	
art. 11(h) .....	392	<i>des criminels</i> , L.C. 2011, ch. 11	
art. 24(2) .....	138	art. 10(1) .....	392
<i>Code civil du Québec</i>		<i>Loi sur l'accès à l'information et la protection</i>	
art. 2085 .....	765	<i>de la vie privée</i> , L.R.O. 1990, ch. F.31	
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46		art. 14 .....	674
art. 95 .....	37	art. 67 .....	674
art. 265(3)c) .....	346	<i>Loi sur l'adéquation de la peine et du crime</i> ,	
art. 273.1(1) .....	346	L.C. 2009, ch. 29	
art. 686(1)b)(iii) .....	78, 272	art. 5 .....	612
art. 719(3) .....	575, 605	<i>Loi sur l'aménagement et l'urbanisme</i> ,	
art. 719(3.1) .....	575, 605	RLRQ, c. A-19.1	
<i>Code de procédure civile</i> , RLRQ, ch. C-25		art. 227 .....	784
art. 151.21 .....	800	<i>Loi sur l'assurance maritime</i> , L.C. 1993,	
art. 4.2 .....	3	ch. 22	
art. 1003a) .....	3	art. 53(2) .....	621
<b>L</b>			
<i>Loi Christopher de 2000 sur le registre des</i>		<i>Loi sur l'indemnisation des agents de l'État</i> ,	
<i>délinquants sexuels</i> , L.O. 2000, ch. 1		L.R.C. 1985, ch. G-5	
art. 10 .....	674	art. 2 .....	546
art. 13 .....	674	art. 4 .....	546
<i>Loi concernant la réorganisation de la Société</i>		<i>Loi sur la Cour suprême</i> , L.R.C. 1985,	
<i>de téléphone du Manitoba et apportant</i>		ch. S-26	
<i>des modifications corrélatives</i> , L.M.		art. 5 .....	433
1996, ch. 79		art. 5.1 .....	433
art. 15 .....	142	art. 6 .....	433
<i>Loi constitutionnelle de 1982</i>		art. 6.1 .....	433
art. 38(1) .....	704	<i>Loi sur la protection des renseignements</i>	
art. 38(2) .....	704	<i>personnels</i> , L.R.C. 1985, ch. P-21	
art. 41d) .....	433	art. 8(2)a) .....	227
art. 41e) .....	704	<i>Loi sur la responsabilité en matière maritime</i> ,	
		L.C. 2001, ch. 6	
		art. 29 .....	621

	PAGE		PAGE
<b>R</b>			
<i>Loi sur la santé et la sécurité du travail,</i> RLRQ, ch. S-2.1		<i>Règlement sur le système correctionnel et</i> <i>la mise en liberté sous condition,</i> DORS/92-620	
art. 1 « travailleur » .....	765	art. 5 .....	502
art. 2 .....	765	art. 13 .....	502
art. 4 .....	765	<i>Règles de procédure civile, R.R.O. 1990,</i> Règl. 194	
art. 11 .....	765	règle 20 .....	87, 126
art. 12 .....	765		
art. 14 .....	765	<b>W</b>	
art. 30 .....	765	<i>Workers' Compensation Act, R.S.A. 2000,</i> ch. W-15	
art. 40 .....	765	art. 1 .....	546
art. 41 .....	765		
<i>Loi sur le système correctionnel et la mise</i> <i>en liberté sous condition, L.C. 1992,</i> ch. 20			
art. 27 à 29 .....	502		
<i>Loi sur les cités et villes, RLRQ, ch. C-19</i>			
art. 576 .....	784		
<i>Loi sur les relations de travail dans la fonction</i> <i>publique, L.C. 2003, ch. 22</i>			
art. 2 .....	227		
art. 186(1)a .....	227		

## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

	PAGES
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated September 2013, release 47). .....	197
Adell, Bernard. “Secondary Picketing after <i>Pepsi-Cola</i> : What’s Clear, and What Isn’t?” (2003), 10 <i>C.L.E.L.J.</i> 135. ....	198
Agrast, Mark David, Juan Carlos Botero and Alejandro Ponce. <i>World Justice Project Rule of Law Index 2011</i> . Washington, D.C.: World Justice Project, 2011. ....	105
Alberta. Workers’ Compensation Board. <i>Policies and Information Manual</i> , Claimant & Health Care Services Policies (online: <a href="http://www.wcb.ab.ca/public/policy/manual/claimant.asp">http://www.wcb.ab.ca/public/policy/manual/claimant.asp</a> ). ....	551
American Law Institute. <i>Restatement of the Law, Second: Torts 2d</i> . St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1989. ....	206
<i>Arnould’s Law of Marine Insurance and Average</i> , 17th ed. by Jonathan Gilman et al. London: Sweet & Maxwell, 2008. ....	648
Association canadienne de justice pénale. « Comments on “Directions for Reform” : A Public Consultation Package on Sentencing, Corrections and Conditional Release », December 7, 1990. ....	398
Babooram, Avani. « Évolution du profil des adultes placés sous garde, 2006-2007 » (2008), 28:10 <i>Juristat</i> 1 (en ligne : <a href="http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2008010/article/10732-fra.pdf">http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2008010/article/10732-fra.pdf</a> ). ....	597
Babooram, Avani. “The changing profile of adults in custody, 2006/2007” (2008), 28:10 <i>Juristat</i> 1 (online: <a href="http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2008010/article/10732-eng.pdf">http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2008010/article/10732-eng.pdf</a> ). ....	597
Barker, Kit, et al. <i>The Law of Torts in Australia</i> , 5th ed. South Melbourne: Oxford University Press, 2012. ....	206
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 7 <sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013. ....	213, 832
Béliveau, Pierre, et Martin Vaclair. <i>Traité général de preuve et de procédure pénales</i> , 20 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013. ....	304
Belleau, Claude. « L’harmonisation du droit civil et de la common law en droit des assurances au Québec » (1991), 32 <i>C. de D.</i> 971. ....	664
Benedet, Janine. “A Victim-Centred Evaluation of the Federal Sex Offender Registry” (2012), 37 <i>Queen’s L.J.</i> 437. ....	680
Blackstone, William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768. ....	519
Boulle, Laurence, and Kathleen J. Kelly. <i>Mediation: Principles, Process, Practice</i> . Markham, Ont.: Butterworths, 1998. ....	823

Branch, Ward K. <i>Class Actions in Canada</i> , vol. 1. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated June 2013). .....	32
Brown, Craig. <i>Insurance Law in Canada</i> , vol. 1. Toronto: Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2013, release 7). .....	666
Brown, Kent L. “Confidentiality in Mediation: Status and Implications”, [1991] <i>J. Disp. Resol.</i> 307. ....	825
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. <i>Droit constitutionnel</i> , 5 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008. ....	475, 741
Bryant, Alan W., Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009. ....	819
Burns, Peter. “Tort Injury to Economic Interests: Some Facets of Legal Response” (1980), 58 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 103. ....	194
Burns, Peter T., and Joost Blom. <i>Economic Interests in Canadian Tort Law</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2009. ....	193
Bushnell, Ian. <i>The Captive Court: A Study of the Supreme Court of Canada</i> . Montréal and Kingston: McGill-Queen’s University Press, 1992. ....	457
Bushnell, Ian. <i>The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1997. ....	490
Cameron, Jamie. “To Amend the Process of Amendment”, in Gérald-A. Beaudoin et al., <i>Federalism for the Future: Essential Reforms</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1998, 315. ....	729
Canada. <i>Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution</i> . Ottawa, 1981. ....	472, 726
Canada. Assemblée législative. <i>Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l’Amérique britannique du Nord</i> , 3 <sup>e</sup> sess., 8 <sup>e</sup> lég. Québec : Hunter, Rose et Lemieux, 1865, p. 581-582. ....	467
Canada. Assemblée législative. <i>Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l’Amérique britannique du Nord</i> , 3 <sup>e</sup> sess., 8 <sup>e</sup> parlement provincial du Canada. Québec : Hunter, Rose et Lemieux, 1865. ....	720
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. Sous-comité sur la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition. « En constante évolution : La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition », mai 2000 (en ligne : <a href="http://www.parl.gc.ca">http://www.parl.gc.ca</a> ). ....	399
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. <i>Témoignages</i> , n <sup>o</sup> 20, 2 <sup>e</sup> sess., 40 <sup>e</sup> lég., 6 mai 2009, p. 11. ....	593
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. II, 2 <sup>e</sup> sess., 22 <sup>e</sup> lég., 28 février 1955, p. 1648. ....	562
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. II, 3 <sup>e</sup> sess., 20 <sup>e</sup> lég., 27 mars 1947, p. 1818. ....	562
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. II, 3 <sup>e</sup> sess., 20 <sup>e</sup> lég., 31 mars 1947, p. 1886, 1888, 1891. ....	562
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. II, 6 <sup>e</sup> sess., 21 <sup>e</sup> lég., 7 mai 1952, p. 2103. ....	563
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. IX, 3 <sup>e</sup> sess., 34 <sup>e</sup> lég., 15 juin 1992, p. 12027-12028, 12041, 12043, 12045. ....	381

Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 132, 1 <sup>re</sup> sess., 13 <sup>e</sup> lég., 16 avril 1918, p. 857. ....	561
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 145, n <sup>o</sup> 131, 3 <sup>e</sup> sess., 40 <sup>e</sup> lég., 15 février 2011, p. 8205. ....	423
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes du Canada</i> , 2 <sup>e</sup> sess., 3 <sup>e</sup> lég., 1875, p. 299, 782-783, 799, 993, 995, 1030. ....	457
Canada. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. <i>Rapport sur certains aspects de la Constitution canadienne</i> . Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services, 1980 (Président du sous-comité : Maurice Lamontagne). ....	721
Canada. Commission de l'unité canadienne. <i>Se retrouver : Observations et recommandations</i> . Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services, 1979 (Coprésidents : Jean-Luc Pepin et John P. Robarts). ....	721
Canada. <i>Conférence constitutionnelle : Délibérations</i> . Ottawa : Information Canada, 1971. ....	726
Canada. <i>Consensus Report on the Constitution: Charlottetown</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services, 1992. ....	461
Canada. <i>Constitutional Accord: Canadian Patriation Plan</i> . Ottawa, 1981. ....	472, 726
Canada. <i>Constitutional Conference: Proceedings</i> . Ottawa: Information Canada, 1971. ....	726
Canada. Correctional Service. <i>Commissioner's Directive 081, "Offender Complaints and Grievances"</i> , 2014. ....	530
Canada. Correctional Service. <i>Commissioner's Directive 710-2, "Transfer of Offenders"</i> , 2010. ....	514
Canada. Department of Justice. <i>The Amendment of the Constitution of Canada</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1965 (Minister: Guy Favreau). ....	726
Canada. House of Commons. <i>Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada</i> , 2nd Sess., 3rd Parl., 1875, pp. 284, 285, 738, 739, 754, 938, 940, 972. ....	457
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. II, 2nd Sess., 22nd Parl., February 28, 1955, p. 1561. ....	562
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. II, 3rd Sess., 20th Parl., March 27, 1947, p. 1824. ....	562
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. II, 3rd Sess., 20th Parl., March 31, 1947, pp. 1892, 1894, 1896. ....	562
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. II, 6th Sess., 21st Parl., May 7, 1952, p. 1974. ....	563
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. IX, 3rd Sess., 34th Parl., June 15, 1992, pp. 12027-28, 12041, 12043, 12045. ....	381
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 132, 1st Sess., 13th Parl., April 16, 1918, p. 812. ....	561
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 145, No. 131, 3rd Sess., 40th Parl., February 15, 2011, p. 8205. ....	423
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. <i>Evidence</i> , No. 20, 2nd Sess., 40th Parl., May 6, 2009, p. 11. ....	593
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. Sub-committee on Corrections and Conditional Release Act. "A Work in Progress: The <i>Corrections and Conditional Release Act</i> ", May 2000 (online: <a href="http://www.parl.gc.ca">http://www.parl.gc.ca</a> ). ....	399

Canada. <i>La Constitution canadienne 1980 : Projet de résolution concernant la Constitution du Canada</i> . Ottawa : Gouvernement du Canada, 1980. ....	726
Canada. Legislative Assembly. <i>Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces</i> , 3rd Sess., 8th Parl. Québec: Hunter, Rose & Co., 1865, p. 576. ....	467
Canada. Legislative Assembly. <i>Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces</i> , 3rd Sess., 8th Provincial Parliament of Canada. Québec: Hunter, Rose & Co., 1865. ....	720
Canada. Minister of State for Federal-Provincial Relations. <i>Constitutional Reform: House of the Federation</i> . Ottawa: Government of Canada, 1978 (Minister: Marc Lalonde). ....	721
Canada. Ministre de la Justice. <i>Modification de la Constitution du Canada</i> . Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1965 (Ministre : Guy Favreau). ....	726
Canada. Ministre d'État chargé des Relations fédérales-provinciales. <i>La réforme constitutionnelle : La Chambre de la Fédération</i> . Ottawa : Gouvernement du Canada, 1978 (Ministre : Marc Lalonde). ....	721
Canada. <i>Rapport du consensus sur la Constitution : Charlottetown</i> . Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services, 1992. ....	461
Canada. Sénat et Chambre des communes. <i>Le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada : Rapport Final</i> . Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1972 (Coprésidents : Gildas L. Molgat et Mark MacGuigan). ....	721
Canada. Sénat et Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada</i> , n° 53, 1 <sup>re</sup> sess., 32 <sup>e</sup> lég., 4 février 1981, p. 50, 67-68. ....	745
Canada. Sénat. <i>Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles</i> , n° 14, 2 <sup>e</sup> sess., 40 <sup>e</sup> lég., 30 septembre 2009, p. 27-30. ....	597
Canada. Senate. <i>Debates of the Senate of Canada</i> , 2nd Sess., 3rd Parl., 1875, p. 713. ....	458
Canada. Senate. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs</i> , No. 14, 2nd Sess., 40th Parl., September 30, 2009, pp. 27-30. ....	597
Canada. Senate and House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada</i> , No. 53, 1st Sess., 32nd Parl., February 4, 1981, pp. 50, 67-68. ....	745
Canada. Senate and House of Commons. <i>The Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada: Final Report</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1972 (Joint Chairs: Gildas L. Molgat and Mark MacGuigan). ....	721
Canada. Service correctionnel. <i>Directive du Commissaire 081</i> , « Plaintes et griefs des délinquants », 2014. ....	530
Canada. Service correctionnel. <i>Directive du Commissaire 710-2</i> , « Transfèrement de délinquants », 2010. ....	514
Canada. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. <i>Report on Certain Aspects of the Canadian Constitution</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services, 1980 (Sub-committee Chair: Maurice Lamontagne). ....	721
Canada. Task Force on Canadian Unity. <i>A Future Together: Observations and Recommendations</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services, 1979 (Co-chairs: Jean-Luc Pepin and John P. Robarts). ....	721
Canada. <i>The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada</i> . Ottawa: Government of Canada, 1980. ....	726
Canadian Criminal Justice Association. "Comments on 'Directions for Reform': A Public Consultation Package on Sentencing, Corrections and Conditional Release", December 7, 1990. ....	398



Cane, Peter. “ <i>Mens Rea</i> in Tort Law” (2000), 20 <i>Oxford J. Legal Stud.</i> 533. ....	663
Carty, Hazel. “Intentional Violation of Economic Interests: The Limits of Common Law Liability” (1988), 104 <i>Law Q. Rev.</i> 250. ....	194
Carty, Hazel. “The Economic Torts and English Law: An Uncertain Future” (2006-2007), 95 <i>Ky. L.J.</i> 845. ....	200
Carty, Hazel. “The Economic Torts in the 21st Century” (2008), 124 <i>Law Q. Rev.</i> 641. ....	201
Carty, Hazel. <i>An Analysis of the Economic Torts</i> . Oxford: Oxford University Press, 2001. ....	192
Carty, Hazel. <i>An Analysis of the Economic Torts</i> , 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. ....	193
Cheffins, Ronald I. “The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula: Political and Legal Implications” (1982), 4 <i>S.C.L.R.</i> 43. ....	733
Cliche, Bernard, Serge Lafontaine et Richard Mailhot. <i>Traité de droit de la santé et de la sécurité au travail : Le régime juridique de la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993. ....	770
Comité d’examen du Service correctionnel du Canada. <i>Rapport du Comité d’examen du Service correctionnel du Canada : Feuille de route pour une sécurité publique accrue</i> . Ottawa : Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2007. ....	399
Comité Maritime International. <i>The Travaux Préparatoires of the LLMC Convention, 1976 and of the Protocol of 1996</i> . Antwerp, Belgium: CMI, 2000. ....	636
Correctional Service of Canada Review Panel. <i>Report of the Correctional Service of Canada Review Panel: A Roadmap to Strengthening Public Safety</i> . Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 2007. ....	399
Côté, Charles-Emmanuel. « L’inconstitutionnalité du projet d’élections fédérales sénatoriales » (2010), 3 <i>R.Q.D.C.</i> 81. ....	741
Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. <i>Interprétation des lois</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2009. ....	451
Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011. ....	451
Cromwell, Thomas. “Habeas Corpus and Correctional Law — An Introduction” (1977), 3 <i>Queen’s L.J.</i> 295. ....	519
Crosbie, Fiona. “Aspects of Confidentiality in Mediation: A Matter of Balancing Competing Public Interests” (1995), 2 <i>C.D.R.J.</i> 51. ....	825
Cyr, Hugo. “L’absurdité du critère scriptural pour qualifier la constitution” (2012), 6 <i>J.P.P.L.</i> 293. ....	723
Damar, Duygu. <i>Wilful Misconduct in International Transport Law</i> . Heidelberg, Germany: Springer, 2011. ....	662
David, Éric McDevitt. « La règle de proportionnalité de l’article 4.2 C.p.c. en matière de recours collectif — Premières interprétations jurisprudentielles », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, <i>Développements récents en recours collectifs</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007, 315. ....	29
Deakin, Simon, and John Randall. “Rethinking the Economic Torts” (2009), 72 <i>Mod. L. Rev.</i> 519. ....	195
Desserud, Don. “Whither 91.1? The Constitutionality of Bill C-19: An Act to Limit Senate Tenure”, in Jennifer Smith, ed., <i>The Democratic Dilemma: Reforming the Canadian Senate</i> . Montréal and Kingston: McGill-Queen’s University Press, 2009, 63. ....	747
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. ....	557
Duker, William F. <i>A Constitutional History of Habeas Corpus</i> . Westport, Conn.: Greenwood Press, 1980. ....	519

Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., <i>The Province of Administrative Law</i> . Oxford: Hart, 1997, 279. ....	536
Eekelaar, John. "The Conspiracy Tangle" (1990), 106 <i>Law Q. Rev.</i> 223. ....	201
Elias, Patrick, and Keith Ewing. "Economic Torts and Labour Law: Old Principles and New Liabilities" (1982), 41 <i>Cambridge L.J.</i> 321. ....	198
Estes, Jerry C. "Expanding Horizons in the Law of Torts — Tortious Interference" (1974), 23 <i>Drake L. Rev.</i> 341. ....	206
Falk, Patricia J. "Rape by Fraud and Rape by Coercion" (1998), 64 <i>Brook L. Rev.</i> 39. ....	371
Farbey, Judith, Robert J. Sharpe and Simon Atrill. <i>The Law of Habeas Corpus</i> , 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2011. ....	519
Feinberg, Joel. "Victims' Excuses: The Case of Fraudulently Procured Consent" (1986), 96 <i>Ethics</i> 330. ....	371
Fischer, David A. "Fraudulently Induced Consent to Intentional Torts" (1977), 46 <i>U. Cin. L. Rev.</i> 71. ....	371
<i>Fleming's The Law of Torts</i> , 10th ed. by Carolyn Sappideen and Prue Vines, eds. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2011. ....	196
Ford, Cristie. "Dogs and Tails: Remedies in Administrative Law", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., <i>Administrative Law in Context</i> , 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2013, 85. ....	524
Freedman, Lawrence R., and Michael L. Prigoff. "Confidentiality in Mediation: The Need for Protection" (1986), 2 <i>Ohio St. J. Disp. Resol.</i> 37. ....	824
Fridman, G. H. L. <i>The Law of Torts in Canada</i> , 3rd ed. by G. H. L. Fridman et al. Toronto: Carswell, 2010. ....	193
Friedland, M. L. "Legal Rights Under The Charter" (1982), 24 <i>Crim. L.Q.</i> 430. ....	408
Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. <i>Droit du travail</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1991. ....	774
Giroux, Lorne, et Isabelle Chouinard. « Les pouvoirs municipaux en matière d'urbanisme », dans Collection de droit, vol. 7, <i>Droit public et administratif</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013-2014, 439. ....	797
Glaholt, Duncan W., and Markus Rotterdam. <i>The Law of ADR in Canada: An Introductory Guide</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2011. ....	822
Gold, Edgar, Aldo Chircop and Hugh Kindred. <i>Maritime Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2003. ....	636
Grammond, Sébastien, Anne-Françoise Debruche and Yan Campagnolo. <i>Quebec Contract Law</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 2011. ....	833
Gray, Owen V. "Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation" (1998), 36 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 667. ....	823
Green, Eric D. "A Heretical View of the Mediation Privilege" (1986), 2 <i>Ohio St. J. Disp. Resol.</i> 1. ....	825
Griggs, Patrick, Richard Williams and Jeremy Farr. <i>Limitation of Liability for Maritime Claims</i> , 4th ed. London: LLP, 2005. ....	636
Grime, R. P. "Implementation of the 1976 limitation convention" (1988), 12 <i>Marine Pol'y</i> 306. ....	636
Halliday, Paul D. <i>Habeas Corpus: From England to Empire</i> . Cambridge, Mass.: Belknap Press, 2010. ....	519
Harvey, D. A. Cameron. <i>The Law of Habeas Corpus in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1974. ....	522
Healy, Patrick. "Investigative Detention in Canada", [2005] <i>Crim. L.R.</i> 98. ....	54
Heard, Andrew. "Constitutional Doubts about Bill C-20 and Senatorial Elections", in Jennifer Smith, ed., <i>The Democratic Dilemma: Reforming the Canadian Senate</i> . Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2009, 81. ....	739

Heerey, Peter. “Limitation of Maritime Claims” (1994), 10 <i>MLAAZ Journal</i> 1. ....	636
Hétu, Jean, et Yvon Duplessis. <i>Droit Municipal : Principes généraux et contentieux</i> , vol. 1, 2 <sup>e</sup> éd. Brossard, Qué. : CCH, 2002 (feuilles mobiles). ....	794
Hodges, Susan, and Christopher Hill. <i>Principles of Maritime Law</i> . London: LLP, 2001. ....	639
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp., vol. 1. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2013, release 1). ....	474, 733
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp., vol. 2. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2012, release 1). ....	409
Hooper, Anthony. “Fraud in Assault and Rape” (1968), 3 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 117. ....	362
Kain, Brandon, and Anthony Alexander. “The ‘Unlawful Means’ Element of the Economic Torts: Does a Coherent Approach Lie Beyond Reach?”, in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., <i>Annual Review of Civil Litigation, 2010</i> . Toronto: Carswell, 2010, 33. ....	198
Kaplan, Ari , and Mitch Frazer. <i>Pension Law</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013. ....	171
LaFave, Wayne R. <i>Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment</i> , 5th ed., vol. 4. St. Paul, Minn.: West, 2012. ....	70
Lafond, Pierre-Claude. <i>Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs</i> . Montréal : Thémis, 1996. ....	24
Lafond, Pierre-Claude. <i>Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : impact et évolution</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2006. ....	29
Lafontaine, Serge. « Le retrait préventif de la travailleuse enceinte ou qui allaite : qui décide quoi? », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, <i>Développements récents en droit du travail (1991)</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1991, 133. ....	776
<i>Le Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> , nouvelle éd. Paris : Le Robert, 2012, « délibéré ». ....	660
LeChasseur, Marc-André. <i>Le zonage en droit québécois</i> . Montréal : Wilson & Lafleur, 2006. ....	793
Lederman, W. R. “Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada” (1985), 26 <i>C. de D.</i> 195. ....	473, 475
Lee, Pey Woan. “Causing Loss by Unlawful Means”, [2011] <i>S.J.L.S.</i> 330. ....	215
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. <i>Canadian Tort Law</i> , 9th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011. ...	195
Lippel, Katherine. “Preventive Reassignment of Pregnant or Breast-Feeding Workers: The Québec Model” (1998), 8 <i>New Solutions</i> 267. ....	776
Lluelles, Didier. <i>Précis des assurances terrestres</i> , 5 <sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2009. ....	665
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. <i>Droit des obligations</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2012. ....	833
Mandaraka-Sheppard, Aleka. <i>Modern Maritime Law and Risk Management</i> , 2nd ed. London: Routledge-Cavendish, 2007. ....	636
Manitoba. Legislative Assembly. Standing Committee on Public Utilities and Natural Resources, 2nd Sess., 36th Leg., vol. XLVI, No. 7, October 31, 1996, pp. 295-96, 298-99. ....	155, 169
Manitoba. Legislative Assembly. Standing Committee on Public Utilities and Natural Resources, 2nd Sess., 36th Leg., vol. XLVI, No. 15, November 7, 1996, p. 809. ....	169
<i>Markesinis and Deakin’s Tort Law</i> , 7th ed. by Simon Deakin, Angus Johnston and Basil Markesinis. Oxford: Clarendon Press, 2013. ....	195

McCormick, Charles Tilford. <i>McCormick on Evidence</i> , 3rd ed. by Edward W. Cleary. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984. ....	288
McCormick, Peter, Ernest C. Manning and Gordon Gibson. <i>Regional Representation: The Canadian Partnership</i> . Calgary: Canada West Foundation, 1981. ....	721
Messing, Karen, et al. "Equality and Difference in the Workplace: Physical Job Demands, Occupational Illnesses, and Sex Differences" (2000), 12 <i>NWSA Journal</i> 21. ....	777
Monahan, Patrick J., and Byron Shaw. <i>Constitutional Law</i> , 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2013. ....	473, 474, 726
Morin, Fernand, et autres. <i>Le droit de l'emploi au Québec</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2010. ....	774
Mullan, David J. <i>Administrative Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2001. ....	524
Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. <i>Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale et Guide pour son incorporation dans le droit interne et son utilisation 2002</i> . New York : Nations Unies, 2004, art. 9. ....	829
Newman, Warren J. "Defining the 'Constitution of Canada' Since 1982: The Scope of the Legislative Powers of Constitutional Amendment under Sections 44 and 45 of the <i>Constitution Act, 1982</i> " (2003), 22 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 423. ....	731
Newman, Warren J. "Living with the Amending Procedures: Prospects for Future Constitutional Reform in Canada" (2007), 37 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 383. ....	731
Newman, Warren J. "The Constitutional Status of the Supreme Court of Canada" (2009), 47 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 429. ....	468
Neyers, J. W. "Rights-based justifications for the tort of unlawful interference with economic relations" (2008), 28 <i>L.S.</i> 215. ....	193
Ogg, Terry. "IMO's International Safety Management Code (The ISM Code)" (1996), 1 <i>I.J.O.S.L.</i> 143. ....	636
Oliver, Peter. "Canada, Quebec, and Constitutional Amendment" (1999), 49 <i>U.T.L.J.</i> 519. ....	473
Ontario. Ministère du procureur général. <i>Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations</i> . Toronto : Le ministère, 2007. ....	93
Ontario. Ministry of the Attorney General. <i>Civil Justice Reform Project: Summary of Findings and Recommendations</i> . Toronto: The Ministry, 2007. ....	93
Osborne, Philip H. <i>The Law of Torts</i> , 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011. ....	135, 193
<i>Oxford English Dictionary</i> (online: www.oed.com), "risk". ....	68
Parkes, Debra. "The 'Great Writ' Reinvigorated? <i>Habeas Corpus</i> in Contemporary Canada" (2010), 36 <i>Man. L.J.</i> 351. ....	519
Pelletier, Benoît. <i>La modification constitutionnelle au Canada</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1996. ....	731
Pelletier, Benoît. "Réponses suggérées aux questions soulevées par le renvoi à la Cour suprême du Canada concernant la réforme du Sénat" (2013), 43 <i>R.G.D.</i> 445. ....	720
Perkins, Rollin M., and Ronald N. Boyce. <i>Criminal Law</i> , 3rd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1982. ...	370
Perlman, Harvey S. "Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine" (1982), 49 <i>U. Chicago L. Rev.</i> 61. ....	206
Pinard, Danielle. "The Canadian Senate: An Upper House Criticized Yet Condemned to Survive Unchanged?", in Jörg Luther, Paolo Passaglia and Rolando Tarchi, eds., <i>A World of Second Chambers: Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism</i> . Milan: Giuffrè, 2006, 459. ....	720
Plante, Robert, and Romaine Malenfant. "Reproductive Health and Work: Different Experiences" (1998), 40 <i>JOEM</i> 964. ....	777

Plaxton, Michael, and Carissima Mathen. “Purposive Interpretation, Quebec, and the <i>Supreme Court Act</i> ” (2013), 22 <i>Const. Forum</i> 15. ....	460
Podolny, Ronald. “The Tort of Intentional Interference with Economic Relations: Is Clarity Out of <i>Reach</i> ?” (2012), 52 <i>Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.</i> 63. ....	201
Puttkammer, Ernst Wilfred. “Consent in Rape” (1924-1925), 19 <i>Ill. L. Rev.</i> 410. ....	371
Québec. Ministre d’État au développement social. <i>Santé et sécurité au travail : Politique québécoise de la santé et de la sécurité des travailleurs</i> . Québec : Éditeur officiel du Québec, 1978. ....	774
Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. <i>La preuve civile</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008. ....	821
Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. <i>Sentencing</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012. ....	65, 586
Russell, Peter H. <i>The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution</i> . Ottawa: Information Canada, 1969. ....	456
Sales, Philip, and Daniel Stilitz. “Intentional Infliction of Harm by Unlawful Means” (1999), 115 <i>Law Q. Rev.</i> 411. ....	199
Saywell, John T. <i>The Lawmakers: Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism</i> . Toronto: University of Toronto Press, 2002. ....	468
Scott, Stephen A. “Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes” (1982), 20 <i>U.W.O. L. Rev.</i> 247. ....	473, 474, 732
Scott, Stephen A. “The Canadian Constitutional Amendment Process” (1982), 45 <i>Law &amp; Contemp. Probs.</i> 249. ....	474
Sharpe, Robert J. “Habeas Corpus in Canada” (1976), 2 <i>Dal. L.J.</i> 241. ....	535
Sharpe, Robert J. <i>The Law of Habeas Corpus</i> , 2nd ed. New York: Oxford University Press, 1989. ....	528
<i>Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles</i> , 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, “wilful”. ....	660
Silver, Michael P. <i>Mediation and Negotiation: Representing Your Clients</i> . Markham, Ont.: Butterworths, 2001. ....	823
Smith, David E. <i>The Canadian Senate in Bicameral Perspective</i> . Toronto: University of Toronto Press, 2003. ....	739
Stevens, Lyn L. “Interference With Economic Relations — Some Aspects of the Turmoil in the Intentional Torts” (1974), 12 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 595. ....	194
Stevens, Robert. <i>Torts and Rights</i> . Oxford: Oxford University Press, 2007. ....	211
Stribopoulos, James. “The Limits of Judicially Created Police Powers: Investigative Detention after <i>Mann</i> ” (2007), 52 <i>Crim. L.Q.</i> 299. ....	68
Stuart, Don. <i>Charter Justice in Canadian Criminal Law</i> , 5th ed. Toronto: Carswell, 2010. ....	407
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008. ...	168, 357, 451, 593
Thibault, Joëlle. <i>Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada</i> . Montréal : Wilson & Lafleur, 2000. ....	823
Tremblay, Guy. « La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada » (2011), 41 <i>R.G.D.</i> 417. ....	733
Trudeau, Gilles. « Aspects constitutionnels du travail salarié », dans Katherine Lippel et Guylaine Vallée, dir., <i>Rapports individuels et collectifs du travail</i> . Montréal : LexisNexis, 2009, 1/1 (feuilles mobiles mises à jour mars 2013, envoi n° 6). ....	777

United Nations. Commission on International Trade Law. <i>UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002</i> . New York: United Nations, 2004, art. 9. ....	829
Villaggi, Jean-Pierre. <i>L'Administration publique québécoise et le processus décisionnel : Des pouvoirs au contrôle administratif et judiciaire</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005. ....	792
Wade, H. W. R. "Habeas Corpus and Judicial Review" (1997), 113 <i>L.Q.R.</i> 55. ....	534
Walsh, Teresa, and Lauren Posloski. "Establishing a Workable Test for Summary Judgment: Are We There Yet?," in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., <i>Annual Review of Civil Litigation 2013</i> . Toronto: Thomson Carswell, 2013, 419. ....	102
Walters, Mark D. "The Constitutional Form and Reform of the Senate: Thoughts on the Constitutionality of Bill C-7" (2013), 7 <i>J.P.P.L.</i> 37. ....	740
Walters, Mark D. "Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism", in Grant Huscroft, ed., <i>Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory</i> . New York: Cambridge University Press, 2008, 245. ....	724
<i>Waters' Law of Trusts in Canada</i> , 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto: Carswell, 2012. ....	226
Watkins, Larry. "Tort Law — Tortious Interference with Business Expectancy — A Trap for the Wary and Unwary Alike" (2012), 34 <i>U. Ark. Little Rock L. Rev.</i> 619. ....	206
Weir, Tony. <i>Economic Torts</i> . Oxford: Clarendon Press, 1997. ....	194
Wertheimer, Alan. <i>Consent to Sexual Relations</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 2003. ....	358
Westen, Peter. <i>The Logic of Consent: The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct</i> . Burlington, Vt.: Ashgate, 2004. ....	371
Whyte, John D. "Senate Reform: What Does the Constitution Say?," in Jennifer Smith, ed., <i>The Democratic Dilemma: Reforming the Canadian Senate</i> . Montréal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2009, 97. ....	730
Wilson, John F. <i>Carriage of Goods by Sea</i> , 7th ed. Harlow, England: Longman, 2010. ....	636
<i>Winfield and Jolowicz on Tort</i> , 18th ed. by W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 2010. ....	195
Woehrling, José. « Le recours à la procédure de modification de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec », dans Pierre Thibault, Benoît Pelletier et Louis Perret, dir., <i>Les mélanges Gérald-A. Beaudoin : Les défis du constitutionnalisme</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002, 449. ....	751
Woehrling, José. "Le recours à la procédure de modification de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec", in Pierre Thibault, Benoît Pelletier et Louis Perret, eds., <i>Essays in Honour of Gérald-A. Beaudoin: The Challenges of Constitutionalism</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002, 449. ....	751

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Sean Summers** *Respondent*

and

**Director of Criminal and  
Penal Prosecutions of Quebec,  
British Columbia Civil  
Liberties Association,  
Criminal Lawyers' Association of Ontario,  
John Howard Society of Canada  
and Canadian Civil Liberties  
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. SUMMERS**

**2014 SCC 26**

File No.: 35339.

2014: January 23; 2014: April 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Sentencing — Considerations — Credit for pre-sentence detention — Criminal Code permitting enhanced credit at rate of up to one and one-half days for every day of pre-sentence detention “if the circumstances justify it” — Sentencing judge applying enhanced credit on basis of lost eligibility for early release and parole — Whether lost opportunity for early release and parole during pre-sentence detention can be circumstance capable of justifying enhanced credit at rate of one and one-half to one — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 719(3), 719(3.1).*

The *Truth in Sentencing Act*, passed in 2009, changed the statutory regime governing credit for pre-sentence detention. Parliament modified s. 719(3) of the *Criminal Code* to limit credit for pre-trial custody “to a maximum of one day for each day spent in custody”. Parliament also provided in s. 719(3.1) that despite that limit, “if the

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Sean Summers** *Intimé*

et

**Directeur des poursuites  
criminelles et pénales du Québec,  
Association des libertés civiles  
de la Colombie-Britannique,  
Criminal Lawyers' Association of Ontario,  
Société John Howard du Canada  
et Association canadienne des  
libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. SUMMERS**

**2014 CSC 26**

N° du greffe : 35339.

2014 : 23 janvier; 2014 : 11 avril.

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

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

*Droit criminel — Détermination de la peine — Considérations — Crédit pour détention présentencielle — Disposition du Code criminel permettant l'octroi d'un crédit majoré d'au plus un jour et demi pour chaque jour de détention présentencielle « si les circonstances le justifient » — Octroi d'un tel crédit par le juge chargé de la détermination de la peine en raison de la perte liée à l'admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle — Cette perte subie pendant la détention présentencielle peut-elle constituer une circonstance susceptible de justifier un crédit majoré selon un ratio d'un jour et demi contre un? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 719(3), 719(3.1).*

Adoptée en 2009, la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* a modifié le régime législatif du crédit accordé pour la détention présentencielle. Le législateur a modifié le par. 719(3) du *Code criminel* pour limiter le temps alloué pour la détention présentencielle « à un maximum d'un jour pour chaque jour passé sous

circumstances justify it, the maximum is one and one-half days for each day spent in custody”.

In this case, the accused was on remand for 10.5 months. The sentencing judge assigned a credit calculated at a rate of 1.5 to 1, on the basis that pre-trial detention did not count towards parole eligibility for the accused. The judge found that this was a circumstance justifying credit at a ratio of 1.5 to 1 under the *Criminal Code*. The Court of Appeal agreed and dismissed the appeal.

*Held*: The appeal should be dismissed.

When an accused person is not granted bail, and must be remanded in jail awaiting trial, the *Criminal Code* allows time served to be credited towards a resulting sentence of imprisonment. Historically, the *Code* imposed no restrictions on the reasons for giving credit, nor the rate at which credit was granted.

Courts generally gave enhanced credit, at a rate higher than one day for every day of detention, for two reasons. First, statutory rules for parole eligibility and early release do not take into account time spent in custody before sentencing. Therefore, the *quantitative* rationale recognized that pre-sentence detention almost always needs to be credited at a rate higher than 1:1 to ensure that an offender who is released after serving two thirds of his sentence serves the same total amount of time in jail whether or not he is released on bail. Second, the *qualitative* rationale for enhanced credit recognized that conditions in detention centres tended to be harsher than corrections facilities. As a result of these twin rationales, a practice developed over time of granting credit for pre-sentence detention at a rate of 2:1.

The *Truth in Sentencing Act* caps pre-sentence credit, but does not alter the reasons for which it may be assigned. Section 719(3.1) is free of any language limiting the scope of what may constitute “circumstances” justifying enhanced credit. While Parliament clearly turned its attention to the circumstances under which s. 719(3.1) should not apply, the provision is devoid of any limiting language which would support the position that “circumstances” resulting from the operation of law, and specifically lost eligibility for early release and parole, could not justify enhanced credit.

garde ». Il a également prévu, au par. 719(3.1), que « si les circonstances le justifient, le maximum est d’un jour et demi pour chaque jour passé sous garde ».

En l’espèce, l’accusé a passé 10 mois et demi sous garde. Le juge appelé à déterminer la peine a accordé un crédit à raison d’un jour et demi contre un au motif que la détention présentencielle n’est pas prise en compte aux fins de l’admissibilité à la libération conditionnelle. Il a estimé qu’il s’agissait d’une circonstance qui justifie le crédit majoré prévu par le *Code criminel*. La Cour d’appel en a convenu et a rejeté l’appel.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

Lorsqu’un accusé n’est pas libéré sous caution et qu’il doit demeurer en prison jusqu’au procès, le *Code criminel* prévoit que la période passée sous garde est prise en compte dans la détermination de la peine d’emprisonnement. Le *Code* n’a jamais limité les raisons pour lesquelles il pouvait y avoir octroi d’un crédit, non plus que le ratio du crédit.

Deux raisons expliquent que les tribunaux ont généralement alloué plus d’un jour pour chaque jour de détention. Premièrement, les règles établies par la loi pour l’admissibilité à la libération conditionnelle et à la libération anticipée ne tiennent pas compte de la détention présentencielle. Par conséquent, la raison d’être d’ordre *quantitatif* du crédit majoré reconnaît que la durée de la détention présentencielle doit presque toujours être retranchée de celle de la peine à raison de plus d’un jour contre un afin que le délinquant qui est libéré aux deux tiers de sa peine soit emprisonné pendant la même durée, qu’il ait été libéré sous caution ou non. Deuxièmement, la raison d’être d’ordre *qualitatif* du crédit majoré reconnaît que, dans les centres de détention préventive, les conditions sont habituellement plus dures que dans les établissements correctionnels. Au vu de ces deux raisons d’être, les tribunaux en sont arrivés à créer deux jours par jour de détention présentencielle.

La *Loi sur l’adéquation de la peine et du crime* plafonne le crédit pour détention présentencielle, mais ne limite pas les raisons de son octroi. Le libellé du par. 719(3.1) n’est pas limitatif quant à ce qui peut constituer des « circonstances » qui justifient la majoration du crédit. Le législateur a clairement considéré les circonstances dans lesquelles le par. 719(3.1) ne devait pas s’appliquer, mais nul élément de la disposition n’appuie la thèse selon laquelle les « circonstances » découlant de l’application de la loi, et en particulier la perte liée à l’admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle, ne peuvent justifier un crédit majoré.



While s. 719(3.1) is structured as an exception to s. 719(3), there is no general rule of statutory interpretation that the circumstances falling under an exception must be numerically fewer than those falling under the general rule. Therefore, it is not a concern that most remand offenders will qualify for enhanced credit on the basis of lost eligibility for early release or parole. Further, an interpretation of “circumstances” that includes loss of eligibility for parole and early release does not render s. 719(3) redundant. Where an accused falls under an explicit exception to s. 719(3.1), the one-for-one cap set by s. 719(3) will apply. In addition, the structure of s. 719 is consistent with the rationales for the existence of pre-sentence credit. Section 719(3) reflects the general rationale for giving credit; any time in jail should generally be credited day for day. On the other hand, s. 719(3.1) reflects the rationale for enhanced credit. Crediting a day in pre-sentence custody as a day served is insufficient to account for both loss of eligibility for parole and early release (circumstances with quantitative impact) and the harshness of the conditions (circumstances with qualitative impact).

The practice of using the former s. 719(3) to award enhanced credit for both the quantitative and qualitative consequences of pre-sentence detention was deeply entrenched in our sentencing system. It is inconceivable that Parliament intended to overturn a principled and long-standing sentencing practice, without using explicit language, by instead relying on inferences that could possibly be drawn from the order of certain provisions in the *Criminal Code*. Rather, it seems more likely that Parliament intended to do what it did explicitly. The amendments clearly impose a cap on the rate at which credit can be awarded, at 1.5 to 1. Having made its intention so clear on that point, Parliament gave no indication it intended to alter the reasons for which enhanced credit can be granted. Neither the language of the provision nor the external evidence demonstrates a clear intention to abolish one of the principled rationales for enhanced credit.

As the legislature is presumed to have created a coherent, consistent and harmonious statutory scheme, s. 719 should be interpreted in a manner that is consistent with the principles and purposes of sentencing set out in the *Criminal Code*. A rule that results in longer sentences for offenders who do not obtain bail, compared to

Le paragraphe 719(3.1) est conçu comme une exception à l’application du par. 719(3), mais il n’existe pas de règle générale d’interprétation législative selon laquelle les circonstances qui relèvent d’une exception doivent être moins nombreuses que celles qui relèvent de la règle générale. Il n’est donc pas problématique que presque tous les délinquants détenus préventivement puissent avoir droit au crédit majoré en raison de la perte subie aux fins de l’admissibilité à la libération anticipée ou à la libération conditionnelle. En outre, interpréter le mot « circonstances » en y assimilant la perte liée à l’admissibilité à la libération conditionnelle et à la libération anticipée ne rend pas le par. 719(3) superflu. Lorsque l’accusé est visé par une exception expresse au par. 719(3.1), le plafond d’un jour contre un prévu au par. 719(3) s’applique. De plus, la construction de l’art. 719 s’harmonise avec les raisons d’être du crédit pour détention présentencielle. Le paragraphe 719(3) reflète la raison d’être générale de l’octroi du crédit; un jour devrait habituellement être alloué pour chaque jour passé en prison. En revanche, le par. 719(3.1) reflète la raison d’être du crédit majoré. Il ne suffit pas d’accorder une journée par jour de détention présentencielle pour tenir compte à la fois de la perte subie aux fins de l’admissibilité à la libération conditionnelle et à la libération anticipée (conséquences d’ordre quantitatif) et de la sévérité des conditions de détention (conséquences d’ordre qualitatif).

Le recours à l’ancien par. 719(3) pour accorder un crédit majoré afin de tenir compte des conséquences quantitatives et qualitatives de la détention présentencielle s’inscrivait profondément dans notre régime de détermination de la peine. Il est inconcevable que le législateur ait voulu écarter une pratique rationnelle ayant cours depuis longtemps en matière de détermination de la peine, mais qu’il ne l’ait pas fait de manière explicite, s’en remettant plutôt à des inférences susceptibles d’être tirées de l’ordre d’apparition de certaines dispositions dans le *Code criminel*. En fait, il semble plus vraisemblable que le législateur ait eu l’intention de faire ce qu’il a fait explicitement. Les modifications établissent clairement un ratio maximum, à savoir un jour et demi contre un. Après avoir manifesté son intention si clairement sur ce point, le législateur n’a pas indiqué qu’il voulait modifier les raisons pour lesquelles il pouvait y avoir majoration du crédit. Ni le libellé de la disposition, ni la preuve externe ne démontrent l’intention claire d’abolir l’une des raisons d’être rationnelles de la majoration du crédit.

Comme le législateur est présumé avoir créé un régime législatif cohérent, uniforme et harmonieux, l’art. 719 doit être interprété conformément aux principes et aux objectifs de la détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*. La règle dont l’application entraîne une peine plus longue pour le délinquant qui n’obtient pas

otherwise identical offenders is incompatible with the sentencing principles of parity and proportionality. This is particularly so, given that vulnerable and impoverished offenders are less able to access bail.

The loss of early release, taken alone, will generally be a sufficient basis to award credit at the rate of 1.5 to 1, even if the conditions of detention are not particularly harsh, and parole is unlikely. However, if it appears to a sentencing judge that an offender will be denied early release, there is no reason to assign enhanced credit for the meaningless lost opportunity. The onus is on the offender to demonstrate that he should be awarded enhanced credit based upon his pre-sentence detention. Of course, the Crown may challenge the inference that the offender has lost eligibility for parole or early release, justifying enhanced credit. Extensive evidence will rarely be necessary. A practical approach is required that does not complicate or prolong the sentencing process.

Here, the sentencing judge did not err in law by granting enhanced credit under s. 719(3.1) on the basis of the accused's loss of eligibility for early release and parole. There is no serious challenge to the conclusion that the accused was likely to access early release. It was therefore appropriate to grant credit at a rate of 1.5 days for every day in detention on the basis of the quantitative rationale for enhanced credit.

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Wust*, 2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455; *R. v. Bradbury*, 2013 BCCA 280, 339 B.C.A.C. 169; *R. v. Carvery*, 2012 NSCA 107, 321 N.S.R. (2d) 321; *R. v. Stonefish*, 2012 MBCA 116, 288 Man. R. (2d) 103; *R. v. Johnson*, 2013 ABCA 190, 85 Alta. L.R. (5th) 320; *R. v. Cluney*, 2013 NLCA 46, 338 Nfld. & P.E.I.R. 57; *R. v. Henrico*, 2013 QCCA 1431 (CanLII); *R. v. Rezaie* (1996), 31 O.R. (3d) 713; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Townsend v. Kroppmanns*, 2004 SCC 10, [2004] 1 S.C.R. 315.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 24(1).  
*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 120, 127(3).

de libération sous caution, comparativement à un délinquant dont la situation est par ailleurs identique, heurte les principes de la détermination de la peine que sont la parité et la proportionnalité. Le cas des délinquants vulnérables et démunis qui ont moins accès à la libération sous caution illustre tout particulièrement cette incompatibilité.

À elle seule, la perte subie aux fins de l'admissibilité à la libération anticipée suffit habituellement à justifier l'octroi d'un crédit à raison d'un jour et demi contre un, même lorsque les conditions de détention n'ont pas été spécialement dures et que la libération conditionnelle est peu probable. Toutefois, le juge chargé de la détermination de la peine qui estime que le délinquant se verra refuser la libération anticipée n'est pas justifié d'accorder un crédit majoré pour une perte sans objet. Le délinquant doit établir que sa détention présentencielle lui vaut un crédit majoré. Évidemment, le ministère public peut contester l'inférence selon laquelle le délinquant a subi une perte aux fins de l'admissibilité à la libération conditionnelle ou à la libération anticipée, de sorte qu'il aurait droit à un crédit majoré. Il est rarement nécessaire d'offrir à l'appui une preuve très étoffée. Concrètement, il ne faut pas compliquer le processus de détermination de la peine, ni accroître sa durée.

Dans la présente affaire, le juge qui a déterminé la peine n'a pas commis d'erreur de droit en accordant un crédit majoré sur le fondement du par. 719(3.1) au motif que l'accusé avait subi une perte aux fins de l'admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle. La conclusion selon laquelle l'accusé aurait obtenu sa libération anticipée n'a pas été sérieusement contestée. Par conséquent, il convenait d'allouer un jour et demi pour chaque jour passé sous garde sur le fondement de la raison d'être d'ordre quantitatif du crédit majoré.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455; *R. c. Bradbury*, 2013 BCCA 280, 339 B.C.A.C. 169; *R. c. Carvery*, 2012 NSCA 107, 321 N.S.R. (2d) 321; *R. c. Stonefish*, 2012 MBCA 116, 288 Man. R. (2d) 103; *R. c. Johnson*, 2013 ABCA 190, 85 Alta. L.R. (5th) 320; *R. c. Cluney*, 2013 NLCA 46, 338 Nfld. & P.E.I.R. 57; *R. c. Henrico*, 2013 QCCA 1431, [2013] R.J.Q. 1349; *R. c. Rezaie* (1996), 31 O.R. (3d) 713; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Townsend c. Kroppmanns*, 2004 CSC 10, [2004] 1 R.C.S. 315.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 457(1), (2), 515(9.1), 524(4), (8), 672.14(3), 672.47(2),

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 457(1), (2), 515(9.1), 524(4), (8), 672.14(3), 672.47(2), Part XXIII, 718, 718.1, 718.2, 719(1), (3), (3.1), (3.2), (3.3), 742.6(16), 745.

*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 14.

*Ministry of Correctional Services Act*, R.S.O. 1990, c. M.22, ss. 28, 28.1.

*Prisons and Reformatories Act*, R.S.C. 1985, c. P-20, s. 6.

*Truth in Sentencing Act*, S.C. 2009, c. 29.

#### Authors Cited

Babooram, Avani. “The changing profile of adults in custody, 2006/2007” (2008), 28:10 *Juristat* 1 (online: <http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2008010/article/10732-eng.pdf>).

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 20, 2nd Sess., 40th Parl., May 6, 2009, p. 11.

Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 14, 2nd Sess., 40th Parl., September 30, 2009, pp. 27-30.

Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

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

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Cronk, Pepall and Tulloch J.J.A.), 2013 ONCA 147, 114 O.R. (3d) 641, 304 O.A.C. 322, 297 C.C.C. (3d) 166, 279 C.R.R. (2d) 289, 3 C.R. (7th) 125, [2013] O.J. No. 1068 (QL), 2013 CarswellOnt 2626, affirming a sentencing decision of Glithero J., [2011] O.J. No. 6377 (QL), 2011 CarswellOnt 16080. Appeal dismissed.

*Gregory J. Tweney and Molly Flanagan*, for the appellant.

*J. Brennan Smart and Russell Silverstein*, for the respondent.

*Dennis Galiatsatos*, for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec.

*Ryan D. W. Dalziel and Anne Amos-Stewart*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

partie XXIII, 718, 718.1, 718.2, 719(1), (3), (3.1), (3.2), (3.3), 742.6(16), 745.

*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 14.

*Loi sur l'adéquation de la peine et du crime*, L.C. 2009, ch. 29.

*Loi sur le ministère des Services correctionnels*, L.R.O. 1990, ch. M.22, art. 28, 28.1.

*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 120, 127(3).

*Loi sur les prisons et les maisons de correction*, L.R.C. 1985, ch. P-20, art. 6.

#### Doctrine et autres documents cités

Babooram, Avani. « Évolution du profil des adultes placés sous garde, 2006-2007 » (2008), 28:10 *Juristat* 1 (en ligne : <http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2008010/article/10732-fra.pdf>).

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 20, 2<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., 6 mai 2009, p. 11.

Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 14, 2<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., 30 septembre 2009, p. 27-30.

Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2012.

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Cronk, Pepall et Tulloch), 2013 ONCA 147, 114 O.R. (3d) 641, 304 O.A.C. 322, 297 C.C.C. (3d) 166, 279 C.R.R. (2d) 289, 3 C.R. (7th) 125, [2013] O.J. No. 1068 (QL), 2013 CarswellOnt 2626, qui a confirmé une décision relative à la détermination de la peine du juge Glithero, [2011] O.J. No. 6377 (QL), 2011 CarswellOnt 16080. Pourvoi rejeté.

*Gregory J. Tweney et Molly Flanagan*, pour l'appelante.

*J. Brennan Smart et Russell Silverstein*, pour l'intimé.

*Dennis Galiatsatos*, pour l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec.

*Ryan D. W. Dalziel et Anne Amos-Stewart*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*Ingrid Grant*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Andrew S. Faith and Jeffrey Haylock*, for the intervener the John Howard Society of Canada.

*Jasmine T. Akbarali and Josh Koziebrocki*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS J. —

### I. Introduction

[1] When an accused person is not granted bail, and must be remanded in jail awaiting trial, the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, allows time served to be credited towards a resulting sentence of imprisonment. A day in jail should count as a day in jail.

[2] However, crediting a single day for every day spent in a remand centre is often insufficient to account for the full impact of that detention, both quantitatively and qualitatively. Time in a remand centre does not count for the purposes of eligibility for parole, earned remission or statutory release, and this can result in a longer term of actual incarceration for offenders who were denied bail. Moreover, conditions in remand centres tend to be particularly harsh; they are often overcrowded and dangerous, and do not provide rehabilitative programs.

[3] As a result, for many years courts frequently granted “enhanced” credit: 2 days for each day spent in pre-sentence custody. This practice was endorsed by this Court in *R. v. Wust*, 2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455. When conditions were exceptionally harsh, judges granted credit at a rate of 3 to 1 or more.

*Ingrid Grant*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Andrew S. Faith et Jeffrey Haylock*, pour l'intervenante la Société John Howard du Canada.

*Jasmine T. Akbarali et Josh Koziebrocki*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

### I. Introduction

[1] Lorsqu'un accusé n'est pas libéré sous caution et qu'il doit rester en prison jusqu'au procès, le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prévoit que la période passée sous garde est prise en compte dans la détermination de la peine d'emprisonnement. Un jour passé en prison devrait compter pour un jour d'emprisonnement.

[2] Cependant, accorder un crédit d'une seule journée pour chaque jour passé dans un centre de détention préventive suffit rarement à compenser toutes les répercussions de cette détention, sur les plans quantitatif et qualitatif. On ne tient pas compte du temps passé dans un centre de détention préventive pour déterminer l'admissibilité à la libération conditionnelle, à la réduction méritée de peine ou à la libération d'office, de sorte que le délinquant qui n'est pas libéré sous caution peut finalement passer plus de temps en prison que celui qui l'est. De plus, les conditions sont particulièrement dures dans les centres de détention préventive, lesquels sont souvent surpeuplés, dangereux et dépourvus de programmes de réinsertion sociale.

[3] C'est pourquoi, pendant de nombreuses années, les tribunaux ont souvent accordé un crédit « majoré » de deux jours par jour de détention présentencielle, une mesure approuvée par la Cour dans l'arrêt *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455. Lorsque les conditions étaient exceptionnellement difficiles, les tribunaux accordaient trois jours de crédit ou plus pour chaque jour de détention présentencielle.

[4] The *Truth in Sentencing Act*, S.C. 2009, c. 29 (*TISA*), passed in 2009, amended the *Criminal Code* to cap pre-sentence credit at a maximum of 1.5 days for every day in custody. The purpose was to remove any incentive for an accused to drag out time in remand custody, and to provide transparency so that the public would know what the fit sentence was, how much credit had been given, and why.

[5] In this case, the Court is called upon to interpret these amendments. There is no dispute that Parliament imposed a cap on enhanced credit at a rate of 1.5 to 1. However, there are conflicting lower court decisions on when “enhanced” credit at a rate higher than 1 to 1 is available.

[6] The statute does not definitively address the issue, providing simply that enhanced credit is available when “the circumstances justify it” (s. 719(3.1)). The legislative history is contradictory and inconclusive. We must interpret the provisions to determine what “circumstances” justify enhanced credit of up to a rate of 1.5 to 1. The appellant, the Attorney General of Ontario, argues that the loss of eligibility for parole and statutory release cannot be a “circumstance” justifying enhanced credit under the new s. 719(3.1) of the *Criminal Code*.<sup>1</sup> The Ontario Court of Appeal in this case and the Nova Scotia Court of Appeal in the companion case, *R. v. Carvery*, 2012 NSCA 107, 321 N.S.R. (2d) 321, came to the opposite conclusion,<sup>2</sup> and held that the loss of eligibility for parole and statutory release is a “circumstance” that can justify enhanced credit.

[7] In my view, while the *Truth in Sentencing Act* caps pre-sentence credit, it does not limit the “circumstances” that justify granting credit. Where Parliament intended to alter existing practice, as

<sup>1</sup> See also *R. v. Bradbury*, 2013 BCCA 280, 339 B.C.A.C. 169.

<sup>2</sup> See also *R. v. Stonefish*, 2012 MBCA 116, 288 Man. R. (2d) 103; *R. v. Johnson*, 2013 ABCA 190, 85 Alta. L.R. (5th) 320; *R. v. Cluney*, 2013 NLCA 46, 338 Nfld. & P.E.I.R. 57; *R. v. Henrico*, 2013 QCCA 1431 (CanLII).

[4] En 2009, la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime*, L.C. 2009, ch. 29 (*LAPC*), a modifié le *Code criminel* de manière à limiter le crédit accordé à un jour et demi par jour passé sous garde avant la sentence. L'objectif était de dissuader l'accusé de prolonger la détention préventive, ainsi que d'assurer la transparence vis-à-vis du public quant à la juste sanction, au crédit accordé et aux motifs sous-jacents.

[5] Dans le présent pourvoi, la Cour doit interpréter cette modification. Nul ne conteste que le législateur a ramené le crédit majoré à un jour et demi pour chaque jour passé sous garde. Or, des tribunaux inférieurs ont rendu des décisions contradictoires sur les conditions auxquelles il peut y avoir crédit « majoré ».

[6] La loi ne tranche pas vraiment la question, car elle prévoit seulement qu'il est possible d'accorder un crédit majoré lorsque « les circonstances le justifient » (par. 719(3.1)). L'historique législatif est contradictoire et non concluant. Nous devons interpréter les dispositions afin de déterminer les « circonstances » qui justifient l'octroi d'un crédit à raison d'au plus un jour et demi pour chaque jour passé sous garde. L'appelant, le procureur général de l'Ontario, prétend que la perte subie aux fins de l'admissibilité à la libération conditionnelle et à la libération d'office ne peut constituer l'une des « circonstances » qui justifient l'octroi d'un crédit majoré en application du nouveau par. 719(3.1) du *Code criminel*<sup>1</sup>. La Cour d'appel de l'Ontario, dans la présente affaire, et la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, dans le dossier connexe *R. c. Carvery*, 2012 NSCA 107, 321 N.S.R. (2d) 321, concluent le contraire<sup>2</sup>, à savoir que la perte subie aux fins de l'admissibilité à la libération conditionnelle et à la libération d'office constitue l'une des « circonstances » pouvant justifier un crédit majoré.

[7] À mon avis, bien que la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* plafonne le crédit susceptible d'être accordé pour la détention présentencielle, elle ne limite pas les « circonstances » qui justifient

<sup>1</sup> Voir aussi *R. c. Bradbury*, 2013 BCCA 280, 339 B.C.A.C. 169.

<sup>2</sup> Voir aussi *R. c. Stonefish*, 2012 MBCA 116, 288 Man. R. (2d) 103; *R. c. Johnson*, 2013 ABCA 190, 85 Alta. L.R. (5th) 320; *R. c. Cluney*, 2013 NLCA 46, 338 Nfld. & P.E.I.R. 57; *R. c. Henrico*, 2013 QCCA 1431, [2013] R.J.Q. 1349.

with respect to the maximum amount of credit, it did so expressly. However, the legislation excludes no particular “circumstances” from consideration. Had Parliament intended to alter the well-established rule that enhanced credit compensates for the loss of eligibility for early release, it would have done so expressly.

## II. Statutory Provisions

[8] This appeal concerns amendments to s. 719(3) of the *Criminal Code*, resulting from the *TISA*. Sections 719(3) and 719(3.1) now read (changes underlined):

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence but the court shall limit any credit for that time to a maximum of one day for each day spent in custody.

(3.1) Despite subsection (3), if the circumstances justify it, the maximum is one and one-half days for each day spent in custody unless the reason for detaining the person in custody was stated in the record under subsection 515(9.1) or the person was detained in custody under subsection 524(4) or (8).

## III. Background

### A. *Facts*

[9] On July 9, 2010, Sean Summers, the respondent, violently shook his infant daughter, resulting in her death three days later. He was initially arrested on a charge of second degree murder but, in April 2011, that information was withdrawn and he was charged with manslaughter. On May 30, 2011, he pleaded guilty to manslaughter.

[10] The respondent was in custody for a period of 10.5 months, from his arrest in July 2010 until he pleaded guilty and was sentenced, in May 2011. There has been no suggestion that the conditions of detention were unusually harsh.

l’octroi du crédit majoré. Lorsque le législateur a voulu modifier une pratique courante, comme dans le cas du temps maximum alloué pour la période passée sous garde, il l’a fait expressément. Or, la loi n’exclut aucune « circonstance » particulière. Si le législateur avait voulu modifier la règle bien établie de la majoration du crédit accordé pour compenser la perte subie aux fins de l’admissibilité à la libération anticipée, il l’aurait fait expressément.

## II. Dispositions législatives

[8] Le pourvoi porte sur les modifications apportées au par. 719(3) du *Code criminel* par la *LAPC*. Les paragraphes 719(3) et 719(3.1) disposent désormais ce qui suit (nouveau libellé souligné) :

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d’une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l’infraction; il doit, le cas échéant, restreindre le temps alloué pour cette période à un maximum d’un jour pour chaque jour passé sous garde.

(3.1) Malgré le paragraphe (3), si les circonstances le justifient, le maximum est d’un jour et demi pour chaque jour passé sous garde, sauf dans le cas où la personne a été détenue pour le motif inscrit au dossier de l’instance en application du paragraphe 515(9.1) ou au titre de l’ordonnance rendue en application des paragraphes 524(4) ou (8).

## III. Contexte

### A. *Faits*

[9] Le 9 juillet 2010, l’intimé, Sean Summers, a violemment secoué sa fille, encore nourrisson, qui en est morte trois jours plus tard. Il a initialement été arrêté puis accusé de meurtre au deuxième degré, mais en avril 2011, l’accusation a été retirée et remplacée par celle d’homicide involontaire coupable. Le 30 mai 2011, il a plaidé coupable à cette accusation.

[10] L’intimé a passé 10 mois et demi sous garde, de l’arrestation en juillet 2010 à l’inscription du plaidoyer de culpabilité et à l’infliction de la peine en mai 2011. Rien ne donne à penser que ses conditions de détention ont été particulièrement dures.

B. *Sentencing Decision*, [2011] O.J. No. 6377 (QL) (S.C.J.)

[11] Counsel agreed that an appropriate range for the sentence was between eight and ten years' imprisonment.

[12] Defence counsel argued that the respondent should receive credit at a rate of 1.5 days for every day in custody; the lost eligibility for early release and parole while in remand custody was a circumstance justifying the application of s. 719(3.1) of the *Code*. The Crown did not object to granting credit for the first six months of detention at a rate of 1.5 to 1; during this time, the accused was waiting for a post-mortem report to be disclosed. As for the rest of the detention, the Crown invited the judge to use his discretion in assessing credit.

[13] The sentencing judge, Glithero J., of the Ontario Superior Court of Justice, reasoned that the traditional practice of granting credit at a rate of two days for every day in detention was based upon the fact that time served on remand did not count towards parole eligibility. Since most offenders are released on parole between the one-third and two-third marks of their sentences, it would be inequitable not to give enhanced credit to reflect time in pre-trial custody. The fact that pre-trial detention did not count towards parole eligibility for the respondent was a circumstance justifying credit at a ratio of 1.5:1 under s. 719(3.1) of the *Code*.

[14] The judge sentenced the respondent to 8 years' imprisonment, less a credit of 16 months for 10.5 months of pre-trial detention. This resulted in a sentence of 6 years and 8 months.

B. *Détermination de la peine*, [2011] O.J. No. 6377 (QL) (C.S.J.)

[11] Les avocats ont convenu que la peine indiquée se situait entre huit et dix ans d'emprisonnement.

[12] L'avocat de la défense a soutenu que l'intimé devait se voir allouer un jour et demi pour chaque jour passé sous garde. La perte subie aux fins de l'admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle pendant la détention préventive constituait une circonstance qui justifiait l'application du par. 719(3.1) du *Code*. Le ministère public ne s'est pas opposé à un crédit majoré pour les six premiers mois de détention, période pendant laquelle l'accusé attendait la communication du rapport post-mortem. Quant à la durée résiduelle, le ministère public a invité le juge à exercer son pouvoir discrétionnaire pour décider du crédit à accorder.

[13] Chargé de la détermination de la peine, le juge Glithero, de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, a affirmé que la pratique usuelle consistant à accorder deux jours de crédit pour chaque jour de détention était justifiée par le fait que la durée de la détention préventive n'était pas prise en considération aux fins de l'admissibilité à la libération conditionnelle. Comme la plupart des délinquants sont libérés conditionnellement après avoir purgé entre le tiers et les deux tiers de leur peine, il ne serait pas équitable de leur refuser un crédit majoré pour tenir compte de la détention présentencielle. Le fait que celle-ci n'était pas prise en considération aux fins de l'admissibilité à la libération conditionnelle de l'intimé constituait une circonstance qui justifiait l'octroi d'un crédit à raison d'un jour et demi par jour passé sous garde conformément au par. 719(3.1) du *Code*.

[14] Le juge a condamné l'intimé à 8 ans d'emprisonnement, dont il a retranché 16 mois pour les 10,5 mois de détention présentencielle. La peine réelle à purger était donc de 6 ans et 8 mois.

C. *Ontario Court of Appeal, 2013 ONCA 147, 114 O.R. (3d) 641*

[15] The Crown appealed on the basis that, under s. 719(3.1), credit cannot be assigned at a rate of 1.5:1 solely to account for an accused's loss of eligibility for early release and parole.

[16] Cronk J.A., writing for the Court of Appeal, concluded that enhanced credit under s. 719(3.1) was not limited to exceptional circumstances and could be justified on the basis of lost eligibility for early release and parole. She engaged in a thoughtful and thorough interpretation of s. 719(3.1), considering the text of the *TISA*, its legislative history, and the principles that underpin the *Criminal Code* sentencing scheme.

[17] The Court of Appeal clarified that not every remand offender will be granted enhanced credit under s. 719(3.1) on the basis of lost eligibility for early release and parole. These may be circumstances justifying credit, but only if the accused would probably have received early release or parole. A judge retains the discretion to deny credit at the enhanced rate, for example when an accused intentionally delayed proceedings. Certain offenders are expressly excluded from s. 719(3.1), and are therefore entitled to no more than one-for-one pre-trial credit under s. 719(3).

[18] Given that there was no basis to conclude that the respondent would have been denied parole or early release, there was no error in granting enhanced credit at a rate of 1.5:1 to account for lost early release and parole eligibility.

C. *Cour d'appel de l'Ontario, 2013 ONCA 147, 114 O.R. (3d) 641*

[15] Le ministère public a interjeté appel au motif que le par. 719(3.1) ne permet pas l'octroi d'un crédit majoré seulement pour compenser la perte subie aux fins de l'admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle.

[16] Au nom de la Cour d'appel, la juge Cronk conclut que le crédit majoré prévu au par. 719(3.1) ne s'applique pas seulement dans des circonstances exceptionnelles et que la perte liée à l'admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle peut le justifier. Elle se livre à une interprétation réfléchie et approfondie du par. 719(3.1) en examinant le libellé de la *LAPC*, son historique législatif et les principes qui sous-tendent le régime de détermination de la peine établi par le *Code criminel*.

[17] La Cour d'appel précise que tous les délinquants qui ont été détenus avant le prononcé de leur peine n'obtiennent pas le crédit majoré prévu au par. 719(3.1) en raison de la perte subie aux fins de l'admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle. La détention préventive constitue une circonstance susceptible de justifier ce crédit, mais seulement lorsque l'accusé aurait probablement obtenu une libération anticipée ou conditionnelle. Le tribunal peut exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser la majoration du crédit lorsque, par exemple, l'accusé retarde délibérément le déroulement de l'instance. L'application du par. 719(3.1) est expressément exclue dans le cas de certains délinquants, qui ne peuvent donc pas obtenir plus d'un jour de crédit par jour de détention présentencielle.

[18] Étant donné que rien ne permettait de conclure que l'intimé se serait vu refuser la libération conditionnelle ou une libération anticipée, il n'était pas erroné d'accorder un crédit majoré à raison d'un jour et demi contre un pour tenir compte de la perte liée à l'admissibilité à ces mesures.



IV. Issue

[19] Is ineligibility for early release and parole while on remand a “circumstance” that can justify granting enhanced credit for pre-sentence custody under s. 719(3.1) of the *Criminal Code*?

V. AnalysisA. *Prior Regime for Crediting Pre-Sentence Custody*

[20] Prior to the enactment of the *TISA* in 2009, s. 719(3) of the *Criminal Code* simply provided that a sentencing court “may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence”. The *Code* imposed no restrictions on the reasons for giving credit, nor the rate at which credit was granted. In *R. v. Rezaie* (1996), 31 O.R. (3d) 713, Laskin J.A. of the Ontario Court of Appeal explained the rationale for granting credit. He noted that

a judge should not deny credit without good reason. To do so offends one’s sense of fairness. Incarceration at any stage of the criminal process is a denial of an accused’s liberty. [p. 721]

[21] This recognized that it would be unfair if a day spent in custody, prior to sentencing, were not counted towards an offender’s ultimate sentence. Otherwise, an offender who spent time in pre-sentence custody would serve longer in jail than an identical offender who committed an identical offence, but was granted bail. Thus, a day of incarceration requires at least a credit of one day towards the sentence.

[22] Courts generally gave enhanced credit in recognition of the fact that “in two respects, pre-trial custody is even more onerous than post-sentencing custody” (*Rezaie*, at p. 721). As Laskin J.A. explained:

IV. Question en litige

[19] La perte subie aux fins de l’admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle pendant la détention préventive constitue-t-elle, pour les besoins du par. 719(3.1) du *Code criminel*, l’une des « circonstances » qui justifient un crédit majoré pour la période passée sous garde?

V. AnalyseA. *Régime antérieur*

[20] Avant l’adoption de la *LAPC* en 2009, le par. 719(3) du *Code criminel* prévoyait seulement que le tribunal chargé de la détermination de la peine « p[ouvait] prendre en compte toute période que la personne a[vait] passée sous garde par suite de l’infraction ». Le *Code* ne limitait pas les raisons pour lesquelles il pouvait y avoir octroi d’un crédit, non plus que le nombre de jours qui pouvait être accordé pour chaque jour de détention présentencielle. Dans *R. c. Rezaie* (1996), 31 O.R. (3d) 713, le juge Laskin, de la Cour d’appel de l’Ontario, explique la raison d’être de l’octroi d’un crédit. Il fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . le juge ne doit pas refuser un crédit sans motif valable, car ce serait inéquitable. L’emprisonnement à quelque étape du processus criminel est une privation de liberté pour l’accusé. [p. 721]

[21] Dès lors, il était inéquitable qu’un jour passé sous garde avant le prononcé de la sentence ne soit pas pris en compte pour l’infliction de la peine. En effet, le délinquant détenu jusqu’à la détermination de sa peine purgerait une peine plus longue que le délinquant qui aurait commis la même infraction, mais qui aurait été libéré sous caution. Par conséquent, un jour d’emprisonnement commandait au moins un jour de crédit.

[22] En général, les tribunaux accordaient un crédit majoré au motif que, [TRADUCTION] « sous deux rapports, la détention présentencielle est encore plus pénible que la détention postsentencielle » (*Rezaie*, p. 721). Le juge Laskin explique :

First, other than for a sentence of life imprisonment, legislative provisions for parole eligibility and statutory release do not take into account time spent in custody before trial (or before sentencing). Second, local detention centres ordinarily do not provide educational, re-training or rehabilitation programs to an accused in custody awaiting trial. [*ibid.*]

[23] First, the *quantitative* rationale for the practice of granting enhanced credit is to ensure that the offender does not spend more time behind bars than if he had been released on bail.

[24] Under the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (*CCRA*), parole becomes available to a federal inmate after one third of the sentence has been served (s. 120), and statutory release is available once two thirds of the sentence has been served (s. 127(3)). Provincial inmates can earn essentially equivalent “earned remission”, absent bad conduct, credited at 15 days per month as calculated under the federal *Prisons and Reformatories Act*, R.S.C. 1985, c. P-20, s. 6.<sup>3</sup> Throughout these reasons, I refer to statutory release and earned remission collectively as “early release”.

[25] In practice, the “vast majority of those serving reformatory sentences are released on ‘remission’ . . . at approximately the two-thirds point in their sentence”, and only two to three percent of federal prisoners are not released either by way of parole or “statutory release”: C. C. Ruby, G. J. Chan and N. R. Hasan, *Sentencing* (8th ed. 2012), at §§13.38 and 13.39.

[26] Because a sentence begins when it is imposed (s. 719(1)) and the statutory rules for parole eligibility and early release do not take into account time spent in custody before sentencing, pre-sentence detention almost always needs to be

[TRANSLATION] Premièrement, sauf dans le cas de l’emprisonnement à perpétuité, les dispositions législatives sur l’admissibilité à la libération conditionnelle et la libération d’office ne prennent pas en compte la période passée sous garde avant le procès (ou avant le prononcé de la peine). Deuxièmement, les centres de détention locaux n’offrent habituellement pas à l’accusé qui attend son procès de programmes d’enseignement, de recyclage ou de réinsertion sociale. [*ibid.*]

[23] Premièrement, la raison d’être du crédit majoré sur le plan *quantitatif* est de faire en sorte que le délinquant ne passe pas plus de temps derrière les barreaux que s’il avait été libéré sous caution.

[24] Suivant la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (*LSCMLSC*), le détenu sous responsabilité fédérale a droit à la libération conditionnelle au tiers de sa peine (art. 120), et à la libération d’office aux deux tiers (par. 127(3)). Le détenu sous responsabilité provinciale a droit, sauf mauvaise conduite, à la réduction méritée de peine à raison de 15 jours par mois, selon le calcul prévu au palier fédéral par la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, L.R.C. 1985, ch. P-20, art. 6<sup>3</sup>. Ci-après, l’expression « libération anticipée » englobe la libération d’office et la réduction méritée de peine.

[25] Dans les faits, la [TRANSLATION] « grande majorité des délinquants qui purgent leur peine dans une maison de correction sont libérés, au titre de la réduction méritée [. . .] aux deux tiers de leur peine environ », alors que deux à trois pour cent des détenus sous responsabilité fédérale ne sont libérés ni conditionnellement, ni d’office (C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8<sup>e</sup> éd. 2012), §13.38 et 13.39).

[26] Comme la peine débute au moment de son prononcé (par. 719(1)) et que les règles établies par la loi pour l’admissibilité à la libération conditionnelle et à la libération anticipée ne tiennent pas compte de la détention présentencielle, la durée

<sup>3</sup> Incorporated by reference in Ontario through the *Ministry of Correctional Services Act*, R.S.O. 1990, c. M.22, ss. 28 and 28.1.

<sup>3</sup> Incorporée par renvoi à la loi ontarienne (*Loi sur le ministère des Services correctionnels*, L.R.O. 1990, ch. M.22, art. 28 et 28.1).

credited at a rate higher than 1:1 in order to ensure that it does not prejudice the offender.

[27] A ratio of 1.5:1 ensures that an offender who is released after serving two thirds of his sentence serves the same amount of time in jail, whether or not he is subject to pre-sentence detention. A higher ratio than 1.5:1 was therefore often used to account for other circumstances, including the loss of parole eligibility (i.e., the loss of the opportunity to be released after serving one third of the sentence).

[28] The second rationale for enhanced credit is *qualitative* in nature. Remand detention centres tend not to provide the educational, retraining or rehabilitation programs that are generally available when serving a sentence in corrections facilities. Consequently, time in pre-trial detention is often more onerous than post-sentence incarceration. As Cronk J.A. noted in this case, overcrowding, inmate turnover, labour disputes and other factors also tend to make pre-sentence detention more onerous.

[29] The impact of overcrowding, or a lack of educational programs, varies depending on the particular offender's needs, character and disposition. Assigning enhanced credit on this basis is a qualitative, fact-dependent and discretionary exercise.

[30] As a result of these twin rationales, a practice developed over time of granting credit for pre-sentence detention at a rate of 2:1. In *Wust*, this Court endorsed this practice, but noted that the correct rate cannot be determined by a rigid formula, and is best left to the sentencing judge.

[31] For example, when an accused was detained in a remand institution with full access to educational and rehabilitation programs, credit at a ratio of less than 2:1 was sometimes appropriate (although some enhanced credit was still generally appropriate to account for the quantitative rationale). Similarly,

de cette dernière doit presque toujours être retranchée de celle de la peine à raison de plus d'un jour contre un afin que le délinquant ne subisse pas un préjudice.

[27] Le ratio d'un jour et demi contre un garantit que le délinquant libéré aux deux tiers de sa peine est emprisonné pendant la même durée qu'il ait été détenu ou non avant le prononcé de la sentence. Un ratio plus élevé servait donc souvent à tenir compte d'autres éléments, dont la perte liée à l'admissibilité à la libération conditionnelle (c'est-à-dire la possibilité perdue d'être libéré au tiers de la peine).

[28] La deuxième raison d'être du crédit majoré est de nature *qualitative*. Les centres de détention préventive n'offrent généralement pas les programmes d'enseignement, de recyclage ou de réinsertion sociale qui sont habituellement accessibles dans les établissements correctionnels. Par conséquent, la détention avant sentence est souvent plus pénible que l'emprisonnement après sentence. Comme le dit la juge Cronk dans la présente affaire, la surpopulation, le renouvellement constant des détenus, les conflits de travail et d'autres éléments tendent à rendre la détention présentencielle plus pénible.

[29] Les conséquences de la surpopulation ou de l'absence de programmes d'enseignement varient selon les besoins du délinquant, sa moralité et sa prédisposition. Le crédit majoré accordé pour ces motifs constitue une mesure à la fois qualitative et discrétionnaire qui tient aux faits de l'espèce.

[30] Au vu de ces deux raisons d'être, les tribunaux en sont arrivés à créditer deux jours par jour de détention présentencielle. Dans l'arrêt *Wust*, notre Cour a approuvé cette pratique, mais a signalé que le juste ratio ne saurait découler de l'application d'une formule rigide et qu'il est préférable de laisser au juge qui détermine la peine le soin d'en décider.

[31] Par exemple, lorsque l'accusé avait été détenu dans un centre de détention préventive où il avait pu profiter de programmes d'enseignement et de réinsertion sociale, un crédit de moins de deux jours était parfois indiqué (même si un crédit quelque peu majoré pouvait tout de même être

when extended pre-sentence detention could be attributed to bad conduct on the part of the accused (such as breaching bail conditions), that militated against enhanced credit (*Rezaie*). By contrast, when an offender was subjected to particularly harsh conditions, rates as high as 3:1 or (rarely) 4:1 were sometimes applied.

#### B. *The Interpretation of Section 719(3.1)*

[32] In 2009, Parliament changed the statutory regime governing credit for pre-sentence detention. As noted above, the *TISA* amended s. 719 of the *Criminal Code* in two relevant ways. First, Parliament modified s. 719(3) to limit credit for pre-trial custody “to a maximum of one day for each day spent in custody”. Second, Parliament provided in s. 719(3.1) that despite that limit, “if the circumstances justify it, the maximum is one and one-half days for each day spent in custody” unless the accused was detained pending trial for specific reasons such as breach of bail conditions.

[33] Our task in this case is to interpret these provisions. Specifically, we must determine the meaning of “circumstances” in s. 719(3.1), and whether the lost opportunity for early release and parole in pre-sentence detention can be such a circumstance, capable of justifying enhanced credit at a rate of 1.5:1.

[34] I conclude that loss of access to parole and early release constitutes a “circumstance” capable of justifying enhanced credit. In reaching this conclusion, I am in substantial agreement with the exemplary reasons of both Cronk J.A. in this case, and Beveridge J.A. in the companion case *Carvery*.

[35] In the reasons that follow, I discuss: (1) the text of the provision, (2) the structure of the section, (3) the intention of Parliament, and (4) the scheme of the *Criminal Code* (see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27). In my view, the meaning of

justifié du point de vue quantitatif). Aussi, dans le cas où la longue détention présentencielle pouvait être attribuable à la mauvaise conduite de l'accusé (comme le non-respect de ses conditions de mise en liberté sous caution), le crédit majoré n'était pas indiqué (*Rezaie*). En revanche, le délinquant dont les conditions de détention avaient été particulièrement dures avait droit à un ratio de trois contre un, voire (rarement) de quatre contre un.

#### B. *Interprétation du par. 719(3.1)*

[32] En 2009, le législateur a modifié le régime législatif du crédit accordé pour détention présentencielle. Je le rappelle, la *LAPC* a modifié l'art. 719 du *Code criminel* sous deux rapports. Premièrement, le par. 719(3) limitait désormais le temps alloué pour la détention présentencielle « à un maximum d'un jour pour chaque jour passé sous garde ». Deuxièmement, malgré cette limite, le par. 719(3.1) disposait que, « si les circonstances le justifient, le maximum est d'un jour et demi pour chaque jour passé sous garde », sauf dans le cas où l'accusé est détenu dans l'attente de son procès pour un motif précis comme l'inobservation des conditions de sa mise en liberté sous caution.

[33] La Cour est aujourd'hui appelée à interpréter ces dispositions. Plus particulièrement, elle doit définir les « circonstances » visées au par. 719(3.1) et décider si la perte liée à l'admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle pendant la détention présentencielle peut constituer une circonstance susceptible de justifier un crédit majoré selon un ratio d'un jour et demi contre un.

[34] Je conclus que cette perte constitue une « circonstance » susceptible de justifier l'octroi d'un crédit majoré. Sur ce point, je souscris pour l'essentiel aux motifs exemplaires tant de la juge Cronk en l'espèce que du juge Beveridge dans le dossier connexe *Carvery*.

[35] Dans les motifs qui suivent, je me penche sur (1) le libellé de la disposition, (2) la construction de l'article, (3) l'intention du législateur et (4) l'économie du *Code criminel* (voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27). À mon avis, la portée

the provision is clear on the basis of conventional principles of statutory interpretation, and it is therefore neither appropriate nor necessary to have recourse to the presumption that the legislation conforms to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: see *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paras. 28-30 and 61-66.

(1) The Text of the Provision

[36] Section 719(3.1) reads as follows:

(3.1) Despite subsection (3), if the circumstances justify it, the maximum is one and one-half days for each day spent in custody unless the reason for detaining the person in custody was stated in the record under subsection 515(9.1) or the person was detained in custody under subsection 524(4) or (8).

[37] As Beveridge J.A. and Cronk J.A. noted, this provision is free of any language limiting the scope of what may constitute “circumstances”. The legislature could easily have provided that only “exceptional circumstances” or “circumstances other than the loss of eligibility for early release and parole” justify enhanced credit.

[38] As Cronk J.A. observed, language limiting the scope of the word “circumstances” is used elsewhere in the *Criminal Code*. For example, reference is made to “exceptional circumstances” or “compelling circumstances” in s. 672.14(3) (fitness assessments last no longer than 30 days, except they may last for 60 if “compelling circumstances” so warrant), s. 672.47(2) (when an accused is found unfit to stand trial, a disposition must be made within 45 days but, in “exceptional circumstances”, may be made within 90 days) and s. 742.6(16) (when an offender breaches a conditional sentence order, in “exceptional cases” some of the suspended sentence may be deemed to be time served).

de la disposition est claire selon les principes traditionnels d’interprétation des lois; il n’est donc ni indiqué, ni nécessaire de recourir à la présomption de conformité à la *Charte canadienne des droits et libertés* (voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 28-30 et 61-66).

(1) Libellé de la disposition

[36] Le paragraphe 719(3.1) est rédigé comme suit :

(3.1) Malgré le paragraphe (3), si les circonstances le justifient, le maximum est d’un jour et demi pour chaque jour passé sous garde, sauf dans le cas où la personne a été détenue pour le motif inscrit au dossier de l’instance en application du paragraphe 515(9.1) ou au titre de l’ordonnance rendue en application des paragraphes 524(4) ou (8).

[37] Comme le font observer les juges d’appel Beveridge et Cronk, le libellé de cette disposition n’est pas limitatif quant aux données qui peuvent constituer des « circonstances ». Il aurait été facile pour le législateur de préciser que seules des « circonstances exceptionnelles » ou d’« autres circonstances que la perte liée à l’admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle » justifient l’octroi d’un crédit majoré.

[38] La juge Cronk signale que, ailleurs dans le *Code criminel*, le législateur emploie un libellé qui restreint la portée du mot « circonstances ». Par exemple, il renvoie à des « circonstances exceptionnelles » au par. 672.14(3) (une ordonnance d’évaluation de l’aptitude de l’accusé à subir son procès n’est en vigueur que pendant 30 jours, mais elle peut valoir pour une période 60 jours si des « circonstances exceptionnelles » l’exigent), au par. 672.47(2) (lorsqu’un accusé est jugé inapte à subir son procès, une décision doit être rendue dans les 45 jours, sauf « circonstances exceptionnelles », auquel cas le délai peut être prolongé jusqu’à un maximum de 90 jours) et au par. 742.6(16) (lorsqu’un délinquant enfreint une ordonnance de sursis, une partie de la période de suspension peut, dans les « cas exceptionnels », être réputée valoir comme temps écoulé).

[39] The absence of qualifications on “circumstances” in s. 719(3.1) is telling since Parliament *did* restrict enhanced credit, withholding it from offenders who have been denied bail primarily as a result of a previous conviction (s. 515(9.1)), those who contravened their bail conditions (ss. 524(4)(a) and 524(8)(a)), and those who committed an indictable offence while on bail (ss. 524(4)(b) and 524(8)(b)). Parliament clearly turned its attention to the circumstances under which s. 719(3.1) should *not* apply, but did not include any limitations on the scope of “circumstances” justifying its application.

[40] Consequently, at the hearing before this Court, the Crown conceded that the circumstances referred to in s. 719(3.1) need not be exceptional. Instead, the Crown took the position that “circumstances” resulting from operation of law, and specifically lost eligibility for early release and parole, could not justify enhanced credit. The Crown argues that “circumstances” suggest facts that are particular to the offender and do not include those consequences that are universal and inherent to the statutory regime.

[41] However, the provision is devoid of any limiting language supporting this interpretation. Moreover, the *impact* of the legal regime is a circumstance that is particular to each offender because the law affects offenders differently. For example, the loss of parole or early release eligibility will not make a difference to offenders who would not have received early release or parole in any event. Moreover, the legislation can change over time such that its impact on offenders becomes less uniform.

## (2) Structure of the Section

[42] The Crown submits that s. 719(3) creates a general rule of credit at a rate of 1:1, to which s. 719(3.1) is an exception. If lost eligibility for early release or parole, while in pre-sentence custody, is a “circumstance” justifying enhanced credit of 1.5:1, then almost every remand offender will qualify. This would transform the “exception” into

[39] L’absence de délimitation des « circonstances » visées au par. 719(3.1) est révélatrice, car le législateur *limite* l’accès au crédit majoré et le refuse au délinquant qui n’a pas été libéré sous caution principalement à cause d’une condamnation antérieure (par. 515(9.1)), à celui qui a violé les conditions de sa mise en liberté sous caution (al. 524(4)a) et 524(8)a) et à celui qui a commis un acte criminel lorsqu’il était en liberté sous caution (al. 524(4)b) et 524(8)b)). Le législateur a clairement considéré les circonstances dans lesquelles le par. 719(3.1) *ne* devait *pas* s’appliquer, mais il n’a pas limité les « circonstances » qui justifient son application.

[40] Par conséquent, à l’audience devant notre Cour, le ministère public a reconnu que les circonstances visées au par. 719(3.1) n’ont pas à être exceptionnelles. Il a soutenu que les « circonstances » découlant de l’application de la loi, et en particulier la perte liée à l’admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle, ne peuvent justifier un crédit majoré. Il prétend que les « circonstances » s’entendent de faits qui sont propres au délinquant et non des circonstances qui sont universelles et inhérentes au régime législatif.

[41] Or, nul élément de la disposition n’appuie cette interprétation. Qui plus est, les *répercussions* du régime législatif constituent des circonstances propres aux délinquants, car la loi touche chacun d’eux différemment. Par exemple, la perte liée à l’admissibilité à la libération conditionnelle ou à la libération anticipée n’a pas d’incidence sur certains délinquants qui, de toute manière, n’auraient pas obtenu de telles mesures. De plus, la loi est susceptible d’évoluer avec le temps de manière à compromettre l’uniformité de ses répercussions sur les délinquants.

## (2) Construction de l’article

[42] Le ministère public prétend que le par. 719(3) crée une règle générale d’octroi d’un crédit à raison d’un jour contre un et que le par. 719(3.1) constitue une exception à l’application de cette règle. Si la perte subie aux fins de l’admissibilité à la libération anticipée ou à la libération conditionnelle pendant la détention présentencielle constitue l’une des

the new “general rule” and render s. 719(3) irrelevant, an absurd result.

[43] I agree that s. 719(3.1) is structured as an exception to s. 719(3). Section 719(3.1) begins with the words “[d]espite subsection (3)” and applies only when “circumstances justify it”, which tends to indicate that it is an exception to the general rule. While marginal notes are not part of the enactment and are of limited value in statutory interpretation (*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 14), the fact that the subsection has the marginal note “[e]xception” is consistent with this conclusion.

[44] I also agree with the Crown that it is somewhat inelegant to create an exception that applies in more cases than the general rule. However, the strength of this argument is limited for three reasons.

[45] First, there is no general rule of statutory interpretation that the circumstances falling under an exception must be numerically fewer than those falling under the general rule. If the criteria that permit departure from a general proposition are satisfied, the numerical relationship is not relevant.

[46] For example, s. 457(1) of the *Code* makes it an offence to make, publish, print, execute, issue, distribute or circulate anything in the likeness of a current bank-note. However, s. 457(2) provides exceptions, including for the Bank of Canada, its employees carrying out their duties and its contractors. Presumably, the overwhelming majority of bank-notes are produced by the Bank of Canada, its employees, and its contractors, and therefore fall under the exception.

« circonstances » qui justifient l’octroi d’un crédit majoré, soit à raison d’un jour et demi contre un, presque tous les délinquants détenus préventivement auront droit à celui-ci. L’« exception » deviendrait ainsi la nouvelle « règle générale », de sorte que le par. 719(3) n’aurait plus d’utilité, ce qui serait absurde.

[43] Je conviens que le par. 719(3.1) est conçu comme une exception à l’application du par. 719(3). Son texte s’amorce sur les mots « [m]algré le paragraphe (3) », et il ne s’applique que lorsque les « circonstances le justifient », ce qui tend à indiquer qu’il s’agit d’une exception à la règle générale. Bien que la note marginale ne fasse pas partie du texte et qu’elle ait peu d’importance pour l’interprétation de la disposition (*Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 14), le fait qu’elle correspond en l’occurrence à « [e]xception » va dans le même sens.

[44] Je conviens également avec le ministère public qu’il est quelque peu singulier de créer une exception qui s’applique plus souvent que la règle générale. Cependant, l’argument ne me convainc pas pour trois raisons.

[45] Premièrement, il n’existe pas de règle générale d’interprétation législative selon laquelle les circonstances qui relèvent d’une exception doivent être moins nombreuses que celles qui relèvent de la règle générale. Si les critères qui permettent de déroger à la règle générale sont respectés, peu importe le nombre d’applications de l’exception par rapport au nombre d’applications de la règle.

[46] Par exemple, le par. 457(1) du *Code* interdit de fabriquer, de publier, d’imprimer, d’exécuter, d’émettre, de distribuer ou de faire circuler une chose ayant l’apparence d’un billet de banque courant. Cependant, le par. 457(2) prévoit quelques exceptions, y compris au bénéfice de la Banque du Canada, de ses employés dans le cadre de leurs fonctions et de toute personne agissant au nom de la Banque du Canada au titre d’un contrat. Vraisemblablement, la quasi-totalité des billets de banque sont produits par la Banque du Canada, ses employés et ses entrepreneurs, lesquels tombent sous le coup de l’exception.

[47] Indeed, Crown counsel accepts that the lack of programs in detention facilities and overcrowding are common problems, and could result in exceptions under s. 719(3.1) that are numerically greater than those limited by s. 719(3).

[48] Second, an interpretation of “circumstances” that includes loss of eligibility for parole and early release does not render subsection (3) redundant. Where an accused falls under an explicit exception to s. 719(3.1) (for instance, because she has been detained for breach of bail conditions), the one-for-one cap set by s. 719(3) will apply. Moreover, enhanced credit need not be granted in every case. For example, when long periods of pre-sentence detention are attributable to the wrongful conduct of the offender, enhanced credit will often be inappropriate. Section 719(3) continues to exist for such cases.

[49] Third, the structure of s. 719 is consistent with the rationales for the existence of pre-sentence credit. Section 719(3) reflects the general rationale for giving credit. As Laskin J.A. wrote in *Rezaie*, at p. 721, “[i]ncarceration at any stage of the criminal process is a denial of an accused’s liberty” — any time in jail should generally be credited day for day. On the other hand, s. 719(3.1) reflects the rationale for *enhanced* credit. Crediting a day in pre-sentence custody as a day served is insufficient to account for the full prejudicial circumstances of remand custody; enhanced credit accounts for both loss of eligibility for parole and early release (circumstances with quantitative impact) and the harshness of the conditions (circumstances with qualitative impact). Thus, the division between the subsections reflects the different theoretical underpinnings of credit and enhanced credit.

[50] Further, this structure builds resilience into the statutory scheme. For example, if Parliament were to amend the *Corrections and Conditional Release Act*, so that pre-sentence custody counted

[47] Certes, l’avocat du ministère public reconnaît que l’absence de programmes dans les centres de détention et la surpopulation qui y sévit sont des problèmes courants et qu’elles pourraient faire en sorte que l’exception prévue au par. 719(3.1) s’applique plus souvent que la règle énoncée au par. 719(3).

[48] Deuxièmement, interpréter le mot « circonstances » en y assimilant la perte liée à l’admissibilité à la libération conditionnelle et à la libération anticipée ne rend pas le par. 719(3) superflu. Lorsque l’accusé est visé par une exception expresse au par. 719(3.1) (p. ex., il a été détenu pour inobservation des conditions de sa libération sous caution), le plafond d’un jour contre un prévu au par. 719(3) s’applique. En outre, il n’y aura pas majoration du crédit dans tous les cas. Par exemple, lorsque la longue détention présentencielle est attribuable à la mauvaise conduite du délinquant, la majoration se révélera souvent inopportune. Le paragraphe 719(3) continue de s’appliquer dans ces cas.

[49] Troisièmement, la construction de l’art. 719 s’harmonise avec les raisons d’être du crédit accordé pour compenser la détention présentencielle. Le paragraphe 719(3) reflète la raison d’être générale de l’octroi du crédit. Comme le dit le juge Laskin, dans l’arrêt *Rezaie* — [TRADUCTION] « [l]’emprisonnement à quelque étape du processus criminel est une privation de liberté pour l’accusé » (p. 721) —, un crédit d’un jour devrait habituellement être accordé pour chaque jour passé en prison. En revanche, le par. 719(3.1) reflète la raison d’être du crédit *majoré*. Il ne suffit pas d’accorder une journée par jour de détention présentencielle pour tenir compte de toutes les circonstances préjudiciables de la détention préventive; le crédit majoré compense la perte subie aux fins de l’admissibilité à la libération conditionnelle et à la libération anticipée (volet quantitatif), ainsi que la sévérité des conditions de détention (volet qualitatif). Par conséquent, la séparation des paragraphes montre que le crédit et le crédit majoré ont des assises théoriques différentes.

[50] De plus, cette construction confère de l’élasticité au régime législatif. Par exemple, si le législateur devait modifier la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*,



for the purposes of parole eligibility and early release,<sup>4</sup> s. 719(3.1) would only be called upon to account for situations of *qualitative* harshness, and an increased number of cases would fall solely under s. 719(3). The structure of the provision logically mirrors the rationales for credit and enhanced credit.

### (3) Intention of Parliament

[51] The intention of Parliament can be determined with reference to the legislative history, including Hansard evidence and committee debates, although the court should be mindful of the limited reliability and weight of such evidence (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 593-94 and 609).

[52] Parliament clearly intended to restrict the amount of pre-sentence credit. This is plain from the cap of 1.5 days credit for every day spent in detention. It is also consistent with statements made by the then-Justice Minister, before the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights, on May 6, 2009:

The practice of awarding overly generous credit can put the administration of justice into disrepute because it creates the impression that offenders are getting more lenient sentences than they deserve. The public does not understand how the final sentence reflects the seriousness of the crime. For these reasons, the current practice of routinely awarding two-for-one credit must be curtailed.

(*Evidence*, No. 20, 2nd Sess., 40th Parl., at p. 11)

This objective is achieved regardless of what circumstances may justify the use of enhanced credit in s. 719(3.1).

[53] Parliament also intended that the process of granting credit under s. 719 should be more transparent and easily understood by the public.

<sup>4</sup> For example, when a life sentence has been imposed, parole eligibility is calculated as of the date of arrest for that offence: *CCRA*, s. 120(2).

de sorte que la détention présentencielle soit prise en compte pour déterminer l'admissibilité à la libération conditionnelle et à la libération anticipée<sup>4</sup>, le par. 719(3.1) ne s'appliquerait qu'en cas de préjudice *qualitatif*, et un nombre accru de situations ne relèveraient que du par. 719(3). La construction de la disposition reflète, en toute logique, les raisons d'être du crédit et du crédit majoré.

### (3) Intention du législateur

[51] L'intention du législateur peut être dégagée à la lumière de l'historique législatif, y compris la transcription des débats parlementaires et en comité, mais le tribunal doit se rappeler la fiabilité et l'importance limitées de ces éléments de preuve (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 593-594 et 609).

[52] Le législateur a clairement voulu restreindre le temps alloué pour la détention présentencielle, comme l'atteste l'établissement du maximum d'un jour et demi de crédit pour chaque jour de détention. Vont également dans ce sens les propos tenus par le ministre de la Justice d'alors devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne, le 6 mai 2009 :

De même, la pratique consistant à accorder un crédit trop généreux pour la détention provisoire peut déconsidérer l'administration de la justice en créant l'impression que les délinquants bénéficient de peines d'emprisonnement moins lourdes que celles qu'ils méritent de purger. Le public comprend mal l'adéquation de la peine infligée et de la gravité du crime. Pour toutes ces raisons, la pratique actuelle consistant à accorder systématiquement un crédit double doit être restreinte.

(*Témoignages*, n° 20, 2<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., p. 11)

Cet objectif est atteint, peu importe quelles circonstances justifient l'octroi du crédit majoré prévu au par. 719(3.1).

[53] Le législateur a aussi voulu accroître la transparence et l'intelligibilité, pour le public, du processus d'octroi d'un crédit sur le fondement

<sup>4</sup> Par exemple, lorsqu'une peine d'emprisonnement à perpétuité a été infligée, le temps d'épreuve pour l'admissibilité à la libération conditionnelle est déterminé à partir du jour de l'arrestation pour l'infraction en cause (*LSCMLSC*, par. 120(2)).

It achieved this end through the insertion of ss. 719(3.2) and 719(3.3), which provide that judges should give reasons for granting credit and state both the fit sentence and the amount of credit granted.

[54] However, I agree with Beveridge J.A. and Cronk J.A. that the intention of Parliament with respect to what “circumstances” may justify enhanced credit under s. 719(3.1) is far less clear and even contradictory (*Carvery*, at paras. 79-82; *Summers*, at paras. 82-88). Therefore, the legislative history is of no assistance in answering this question.

[55] Parliament is presumed to know the legal context in which it legislates.<sup>5</sup> The practice of using the former s. 719(3) to award enhanced credit for both the quantitative and qualitative consequences of pre-sentence detention was deeply entrenched in our sentencing system. This practice was expressly endorsed by this Court in *Wust*, where the Court identified the loss of eligibility for early release and parole as a reason justifying enhanced credit.

[56] Parliament does, of course, have the power to exclude these circumstances from consideration (barring a constitutional challenge). However, it strikes me as inconceivable that Parliament intended to overturn a principled and long-standing sentencing practice, without using explicit language, by instead relying on inferences that could possibly be drawn from the order of certain provisions in the *Criminal Code*.

[57] Rather, it seems more likely that Parliament intended to do what it did explicitly. The amendments clearly impose a *cap* on the rate at which credit can be awarded, at 1.5:1. This is a substantial and clear departure from pre-*TISA* practice. Having made its intention so clear on that point, Parliament

de l’art. 719. Il y est arrivé par l’adjonction des par. 719(3.2) et 719(3.3), qui obligent le tribunal à motiver toute décision d’allouer du temps et à préciser la juste peine et le temps alloué.

[54] Je conviens toutefois avec les juges d’appel Beveridge et Cronk que l’intention du législateur en ce qui concerne les « circonstances » qui justifient l’octroi d’un crédit majoré en application du par. 719(3.1) est beaucoup moins claire et est même contradictoire (*Carvery*, par. 79-82; *Summers*, par. 82-88). L’historique législatif n’est donc d’aucun secours à cet égard.

[55] Le législateur est présumé connaître le contexte juridique dans lequel il légifère<sup>5</sup>. Le recours à l’ancien par. 719(3) pour accorder un crédit majoré afin de tenir compte des conséquences quantitatives et qualitatives de la détention pré-sentencielle s’inscrivait profondément dans notre régime de détermination de la peine. Notre Cour l’a expressément approuvé dans l’arrêt *Wust*, où elle a expliqué que la perte subie aux fins de l’admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle justifie l’octroi d’un crédit majoré.

[56] Le législateur a évidemment le pouvoir d’écarter la prise en compte de ces circonstances (sauf contestation constitutionnelle). Il me paraît toutefois inconcevable que le législateur ait voulu écarter une pratique rationnelle ayant cours depuis longtemps en matière de détermination de la peine, mais qu’il ne l’ait pas fait de manière explicite, s’en remettant plutôt à des inférences susceptibles d’être tirées de l’ordre d’apparition de certaines dispositions dans le *Code criminel*.

[57] Il semble plus vraisemblable que le législateur ait eu l’intention de faire ce qu’il a fait explicitement. Les modifications établissent clairement un ratio *maximum*, à savoir un jour et demi contre un. Il s’agit d’un écart clair et important par rapport à la pratique antérieure à la *LAPC*. Après avoir

<sup>5</sup> Sullivan, at p. 205; *Townsend v. Kroppmanns*, 2004 SCC 10, [2004] 1 S.C.R. 315, at para. 9.

<sup>5</sup> Sullivan, p. 205; *Townsend c. Kroppmanns*, 2004 CSC 10, [2004] 1 R.C.S. 315, par. 9.

gave no indication it intended to alter the reasons for which enhanced credit can be granted.

[58] In my view, neither the language of the provision nor the external evidence demonstrates a clear intention to abolish one of the principled rationales for enhanced credit.

(4) Scheme of the Sentencing Regime

[59] While the foregoing is sufficient to dispose of the appeal, I recognize that ss. 719(3) and 719(3.1) do not exist in isolation, but form part of the overall sentencing scheme in the *Criminal Code*. As the legislature is presumed to have created a coherent, consistent and harmonious statutory scheme, s. 719 should be interpreted in a manner that is consistent with the principles and purposes of sentencing set out in Part XXIII of the *Criminal Code*. Sections 718, 718.1 and 718.2 of the *Code* provide:

**718.** The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

- (a) to denounce unlawful conduct;
- (b) to deter the offender and other persons from committing offences;
- (c) to separate offenders from society, where necessary;
- (d) to assist in rehabilitating offenders;
- (e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and
- (f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

**718.1** A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

manifesté son intention si clairement sur ce point, le législateur n'a pas indiqué qu'il voulait modifier les raisons pour lesquelles il pouvait y avoir majoration du crédit.

[58] À mon avis, ni le libellé de la disposition ni la preuve externe ne démontrent l'intention claire d'abolir l'une des raisons d'être rationnelles de la majoration du crédit.

(4) Économie du régime de détermination de la peine

[59] Bien que les motifs qui précèdent permettent de statuer sur le pourvoi, je reconnais que les par. 719(3) et 719(3.1) ne s'appliquent pas en vase clos, mais font partie du régime général de détermination de la peine qu'établit le *Code criminel*. Comme le législateur est présumé avoir créé un régime législatif cohérent, uniforme et harmonieux, l'art. 719 doit être interprété conformément aux principes et aux objectifs de détermination de la peine énoncés à la partie XXIII du *Code criminel*. Voici ce que prévoient les art. 718, 718.1 et 718.2 du *Code* :

**718.** Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants :

- a) dénoncer le comportement illégal;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

**718.1** La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

**718.2** A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

(b) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;

[60] As Beveridge J.A. and Cronk J.A. recognized, an interpretation of s. 719(3.1) that does not account for loss of eligibility for early release and parole during remand custody means that offenders who do not receive bail will serve longer sentences than otherwise identical offenders who are granted bail.

[61] This result is incompatible with the parity principle. A rule that results in longer sentences for offenders who do not obtain bail, compared to otherwise identical offenders, does not result in “similar . . . sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances”: s. 718.2(b).

[62] The Crown says that parity does not require absolute equality and that in any event, enhanced credit is an ineffective tool to achieve equality between offenders, since it is premised on both being released on their statutory release date (after two thirds of their sentence). In practice, some offenders will be released on parole after one third of their sentences; others will never be released during their sentence.

[63] Obviously, the scope of the disparity will vary, depending on if and when offenders are ultimately released. Nonetheless, a rule that creates structural differences in sentences, based on criteria irrelevant to sentencing, is inconsistent with the principle of parity.

[64] The Crown also says that the Court of Appeal’s reliance on the sentencing principle of proportionality was misplaced. Proportionality is

**718.2** Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

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;

[60] Comme le reconnaissent les juges d’appel Beveridge et Cronk, lorsque l’interprétation du par. 719(3.1) ne tient pas compte de la perte subie aux fins de l’admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle pendant la détention préventive, le délinquant qui n’est pas libéré sous caution purge une peine plus longue que celui qui l’est.

[61] Ce résultat heurte le principe de la parité. La règle dont l’application entraîne une peine plus longue pour le délinquant qui n’obtient pas de libération sous caution, comparativement à un délinquant dont la situation est par ailleurs identique, ne donne pas lieu à l’infliction « de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables » (al. 718.2b)).

[62] Le ministère public soutient que la parité n’exige pas l’égalité absolue et que, quoi qu’il en soit, la majoration du crédit n’assure pas l’égalité entre les délinquants puisqu’elle suppose que les deux délinquants seront libérés à la date prévue de libération d’office (soit aux deux tiers de leur peine). En fait, certains sont libérés conditionnellement au tiers de leur peine, alors que d’autres ne sont jamais libérés avant le terme de celle-ci.

[63] De toute évidence, l’importance de la disparité varie selon que le délinquant est libéré ou non, et selon le moment où il l’est, le cas échéant. Néanmoins, la règle qui, sur le fondement de critères étrangers à la détermination de la peine, emporte des différences structurelles entre les peines heurte le principe de la parité.

[64] Le ministère public ajoute que la Cour d’appel s’appuie à tort sur le principe de la proportionnalité, qui ne vaut que pour l’imposition

simply concerned with the imposition of a just sanction in a particular case; any comparison with similar offenders is irrelevant.

[65] However, it is difficult to see how sentences can reliably be “proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender” (s. 718.1) when the length of incarceration is also a product of the offender’s ability to obtain bail, which is frequently dependent on totally different criteria.

[66] Judicial interim release requires the judge to be confident that, amongst other things, the accused will neither flee nor reoffend while on bail. When an accused is able to deposit money, or be released to family and friends acting as sureties (who often pledge money themselves), this can help provide the court with such assurance. Unfortunately, those without either a support network of family and friends or financial means cannot provide these assurances. Consequently, as the intervenor the John Howard Society submitted, this means that vulnerable and impoverished offenders are less able to access bail.

[67] For example, Aboriginal people are more likely to be denied bail, and make up a disproportionate share of the population in remand custody.<sup>6</sup> A system that results in consistently longer, harsher sentences for vulnerable members of society, not based on the wrongfulness of their conduct but because of their isolation and inability to pay, can hardly be said to be assigning sentences in line with the principles of parity and proportionality. Accounting for loss of early release eligibility through enhanced credit responds to this concern.

<sup>6</sup> A. Babooram, “The changing profile of adults in custody, 2006/2007” (2008), 28:10 *Juristat* 1 (online); Canada, Senate, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 14, 2nd Sess., 40th Parl., September 30, 2009, at pp. 27-30.

d’une sanction juste dans un cas donné. Il ne serait donc pas pertinent de comparer la situation d’un délinquant à celle d’autres délinquants dont la situation est semblable.

[65] Or, une peine peut difficilement être sans conteste « proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant » (art. 718.1) lorsque la durée de l’emprisonnement dépend aussi de la possibilité que le délinquant obtienne une mise en liberté sous caution, ce qui tient souvent à des considérations totalement étrangères.

[66] Pour ordonner la mise en liberté provisoire, le tribunal doit notamment avoir l’assurance que l’accusé ne se soustraira pas à la justice, ni ne récidivera s’il est libéré sous caution. Cette assurance peut résider dans le dépôt d’une somme par l’accusé ou dans l’engagement de proches qui se portent garants de la conduite de l’accusé et de sa présence au procès (souvent par le dépôt d’une somme). Malheureusement, celui ou celle qui ne bénéficie pas de telles ressources financières ou d’un tel appui ne peut offrir pareille assurance. C’est pourquoi l’intervenante Société John Howard du Canada fait valoir que les délinquants vulnérables et démunis ont de ce fait moins accès à la libération sous caution.

[67] Mentionnons le cas des Autochtones, qui risquent davantage que les autres Canadiens de se voir refuser la mise en liberté sous caution et qui forment une partie disproportionnée des délinquants en détention préventive<sup>6</sup>. Le système qui inflige des peines toujours plus longues et plus sévères aux membres vulnérables de la société, non pas à cause du caractère répréhensible de leur conduite, mais à cause de leur isolement et de leurs maigres ressources financières, peut difficilement infliger des peines conformes aux principes de la parité et de la proportionnalité. La prise en compte de la perte subie aux fins de l’admissibilité à la libération anticipée par l’octroi d’un crédit majoré répond à cette préoccupation.

<sup>6</sup> A. Babooram, « Évolution du profil des adultes placés sous garde, 2006-2007 » (2008), 28:10 *Juristat* 1 (en ligne); Canada, Sénat, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n° 14, 2<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., 30 septembre 2009, p. 27-30.

(5) Conclusion

[68] For these reasons, I conclude that the “circumstances” justifying enhanced credit under s. 719(3.1) may include loss of eligibility for early release and parole.

[69] To conclude otherwise, it would be necessary for the Court to read limiting language into s. 719(3.1) that is simply not there. Such an interpretation would result in sentences inconsistent with the *Code’s* own statement of principles, and would presume that the legislature intended to abolish the quantitative rationale for enhanced credit — that offenders should not be punished more severely because they were not released on bail — without clear language. And this despite the well-established practice, endorsed by this Court in *Wust* in the year 2000, that enhanced credit can be justified based upon the loss of eligibility for parole and early release. Such a conclusion is not plausible.

C. *How to Calculate Pre-Sentence Credit*(1) Analytical Approach

[70] In determining credit for pre-sentence custody, judges may credit at most 1.5 days for every day served where circumstances warrant. While there is now a statutory maximum, the analytical approach endorsed in *Wust* otherwise remains unchanged. Judges should continue to assign credit on the basis of the quantitative rationale, to account for lost eligibility for early release and parole during pre-sentence custody, and the qualitative rationale, to account for the relative harshness of the conditions in detention centres.

[71] The loss of early release, taken alone, will generally be a sufficient basis to award credit at the rate of 1.5 to 1, even if the conditions of detention are not particularly harsh, and parole is unlikely. Of course, a lower rate may be appropriate when

(5) Conclusion

[68] Pour ces motifs, je conclus que les « circonstances » qui justifient l’octroi d’un crédit majoré en application du par. 719(3.1) peuvent s’entendre de la perte liée à l’admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle.

[69] Pour arriver à une autre conclusion, le tribunal devrait conclure que le par. 719(3.1) emploie un libellé restrictif, alors que ce n’est pas le cas. Une telle interprétation entraînerait des peines incompatibles avec l’énoncé de principes du *Code* et supposerait que le législateur a voulu supprimer la raison d’être quantitative du crédit majoré — à savoir que le délinquant ne doit pas voir la sévérité de sa peine accrue parce qu’il n’a pas été libéré sous caution —, sauf disposition contraire expresse. Mentionnons en outre la pratique bien établie — avalisée par notre Cour dans *Wust* en 2000 — selon laquelle l’octroi d’un crédit majoré peut se justifier par la perte subie aux fins de l’admissibilité à la libération conditionnelle et à la libération anticipée. Une telle conclusion n’est pas plausible.

C. *Calcul du crédit pour détention présentencielle*(1) Démarche analytique

[70] Pour calculer le crédit que justifie la détention présentencielle, le tribunal peut allouer au plus un jour et demi par jour passé sous garde si les circonstances le justifient. La loi établit désormais un maximum, mais la démarche analytique de la Cour dans *Wust* demeure par ailleurs valable. Le tribunal doit continuer d’accorder un crédit du point de vue quantitatif afin de refléter la perte subie aux fins de l’admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle pendant la détention présentencielle, ainsi que du point de vue qualitatif afin de compenser la dureté relative des conditions de détention.

[71] À elle seule, la perte subie aux fins de l’admissibilité à la libération anticipée suffit habituellement à justifier l’octroi d’un crédit à raison d’un jour et demi contre un, même lorsque les conditions de détention n’ont pas été spécialement

detention was a result of the offender's bad conduct, or the offender is likely to obtain neither early release nor parole. When the statutory exceptions within s. 719(3.1) are engaged, credit may only be given at a rate of 1 to 1. Moreover, s. 719 is engaged only where the pre-sentence detention is a result of the offence for which the offender is being sentenced.

[72] This means that two offenders, one of whom lost the opportunity for early release and parole, and a second who, in addition to losing those opportunities, was also subject to extremely harsh conditions, will likely both have credit assigned at a rate of 1.5 to 1. The unavoidable consequence of capping pre-sentence credit at this rate is that it is insufficient to compensate for the harshness of pre-sentence detention in *all* cases. However, this does not mean that credit should be scaled back in order to “leave room at the top” of the scale for the most egregious cases. A cap is a cut-off and means simply that the upper limit will be reached in more cases. It should not lead judges to deny or restrict credit when it is warranted.

[73] Indeed, individuals who have suffered particularly harsh treatment, such as assaults in detention, can often look to other remedies, including under s. 24(1) of the *Charter*.

[74] The sentencing judge is also required to give reasons for any credit granted (s. 719(3.2)) and to state “the amount of time spent in custody, the term of imprisonment that would have been imposed before any credit was granted, the amount of time credited, if any, and the sentence imposed” (s. 719(3.3)). This is not a particularly onerous requirement, but plays an important role in explaining the nature of the sentencing process, and the reasons for giving credit, to the public.

dures et que la libération conditionnelle est peu probable. Certes, un ratio inférieur peut être indiqué lorsque la détention résulte de l'inconduite du délinquant, ou qu'il est peu probable que ce dernier soit libéré avant terme ou conditionnellement. Lorsque les exceptions prévues au par. 719(3.1) écartent son application, le ratio ne peut être que d'un jour contre un. De plus, l'art. 719 n'entre en jeu que dans le cas où la détention présentencielle résulte de l'infraction pour laquelle le délinquant est condamné à une peine.

[72] Dès lors, deux délinquants, l'un ayant subi une perte aux fins de l'admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle, l'autre ayant non seulement subi une telle perte, mais ayant aussi connu des conditions de détention extrêmement difficiles, bénéficieront probablement tous deux d'un crédit selon un ratio d'un jour et demi contre un. Il va de soi que le maximum ainsi établi aux fins l'octroi d'un crédit majoré pour la période passée sous garde ne permet pas *toujours* de compenser la rigueur de la détention présentencielle. Toutefois, il ne faut pas pour autant réduire le temps alloué afin de conserver une certaine marge de manœuvre pour les cas les plus intolérables. Établir un maximum équivaut à tracer une ligne et fait seulement en sorte que la limite supérieure sera atteinte dans un plus grand nombre de cas. Cela ne devrait pas amener les tribunaux à refuser le crédit ou à le restreindre lorsqu'il est légitime.

[73] Certes, les personnes qui, lors de leur détention, ont fait l'objet d'actes particulièrement graves — telles des agressions — peuvent souvent demander d'autres réparations, y compris sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*.

[74] Le juge appelé à déterminer la peine doit aussi motiver tout crédit accordé (par. 719(3.2)) et indiquer « le temps passé sous garde, la période d'emprisonnement qui aurait été infligée n'eût été tout temps alloué, le temps alloué, le cas échéant, et la peine infligée » (par. 719(3.3)). Ce n'est pas particulièrement ardu pour le juge, et ces données remplissent une fonction importante lorsqu'il s'agit d'expliquer au citoyen en quoi consiste la détermination de la peine et quelle est la raison d'être de l'octroi d'un crédit.

(2) The Particular Offender's Prospects of Early Release

[75] For many offenders, the loss of eligibility for early release and parole will justify credit at a rate of 1.5:1. However, as Beveridge J.A. concluded, it is not an “automatic or a foregone conclusion that a judge must grant credit at more than 1:1 based on loss of remission or parole” (*Carvery*, at para. 60). If it appears to a sentencing judge that an offender will be denied early release, there is no reason to assign enhanced credit for the meaningless lost opportunity.

[76] As Beveridge J.A. wrote:

... it would not be onerous for most offenders to establish that they would have earned remission or been granted parole, and hence, it is not likely to be a rare occurrence for an offender to be worthy of a credit of more than 1:1. [para. 66]

[77] The Crown says it is not appropriate for the sentencing court to inquire into the likelihood that a particular offender will receive parole because considerations relating to the administration of the sentence are irrelevant to sentencing. Further, it is improper to reduce a sentence by granting enhanced credit based on speculation about when the offender may be released.

[78] However, judges are often called upon to make assessments about an offender's future, for example by considering prospects for rehabilitation. I see no reason why judges cannot draw similar inferences with respect to the offender's future conduct in prison and the likelihood of parole or early release.

[79] The process need not be elaborate. The onus is on the offender to demonstrate that he should be awarded enhanced credit as a result of his

(2) Possibilité de libération anticipée d'un délinquant en particulier

[75] Dans de nombreux cas, la perte subie aux fins de l'admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle justifie l'octroi d'un crédit majoré à raison d'un jour et demi contre un. Cependant, comme le conclut le juge Beveridge, il n'est [TRADUCTION] « ni automatique, ni acquis que le juge accordera un crédit à raison de plus d'un jour par jour passé sous garde à cause de la perte liée à l'admissibilité à la réduction de peine ou à la libération conditionnelle » (*Carvery*, par. 60). Le juge chargé de la détermination de la peine qui estime que le délinquant se verra refuser la libération anticipée n'est pas justifié d'accorder un crédit majoré pour la perte sans objet.

[76] Le juge Beveridge ajoute :

[TRADUCTION] ... il ne serait pas ardu pour la plupart des délinquants de prouver qu'ils auraient eu droit à une réduction de peine ou qu'ils auraient été libérés conditionnellement, de sorte qu'il ne devrait pas être rare qu'un délinquant ait droit à un crédit de plus d'un jour pour chaque jour passé sous garde. [par. 66]

[77] Le ministère public prétend qu'il ne convient pas que le tribunal chargé de la détermination de la peine s'enquiert des possibilités de libération conditionnelle, car les considérations liées à l'administration de la peine ne valent pas aux fins de la détermination de la peine. En outre, il ne convient pas d'accorder un crédit majoré sur la foi d'hypothèses quant au moment auquel le délinquant pourrait être libéré.

[78] Or, les tribunaux sont souvent appelés à se prononcer sur le parcours ultérieur d'un délinquant, notamment lors de l'examen des possibilités de réadaptation. Je ne vois rien qui les empêche de conjecturer sur le comportement ultérieur du délinquant en prison et sur la probabilité qu'il obtienne une libération conditionnelle ou une libération anticipée.

[79] Le processus n'a pas à être élaboré. Le délinquant doit établir que sa détention présente lui vaut un crédit majoré. En général, la



pre-sentence detention. Generally speaking, the fact that pre-sentence detention has occurred will usually be sufficient to give rise to an inference that the offender has lost eligibility for parole or early release, justifying enhanced credit. Of course, the Crown may respond by challenging such an inference. There will be particularly dangerous offenders who have committed certain serious offences for whom early release and parole are simply not available.<sup>7</sup> Similarly, if the accused's conduct in jail suggests that he is unlikely to be granted early release or parole, the judge may be justified in withholding enhanced credit. Extensive evidence will rarely be necessary. A practical approach is required that does not complicate or prolong the sentencing process.

[80] As well, when evaluating the qualitative rationale for granting enhanced credit, the onus is on the offender, but it will generally not be necessary to lead extensive evidence. Judges have dealt with claims for enhanced credit for many years. The conditions and overcrowding in remand centres are generally well known and often subject to agreement between the parties; there is no reason this helpful practice should not continue. There is no need for a new and elaborate process — the *TISA* introduced a cap on the amount of enhanced credit that may be awarded, but did not alter the process for determining the amount of credit to apply.

### (3) No Double Counting

[81] The intervener the Quebec Director of Criminal and Penal Prosecutions argues that factors based on the personal circumstances of a particular inmate, with no relation to the conditions in which he or she was detained, cannot justify enhanced credit under s. 719(3.1).

[82] It has long been recognized that credit for pre-sentence detention is intended to ensure that individuals are punished equally, whether they are

<sup>7</sup> For example, a person who is convicted of first degree murder and sentenced to imprisonment for life shall not be eligible for parole until they have served 25 years of the sentence (s. 745 of the *Criminal Code*).

seule détention présentencielle permet d'inférer que le délinquant a subi une perte aux fins de l'admissibilité à la libération conditionnelle ou à la libération anticipée, ce qui justifie un crédit majoré. Évidemment, le ministère public peut contester l'inférence. Certains délinquants particulièrement dangereux, auteurs d'infractions graves, n'ont tout simplement pas droit à la libération anticipée ou conditionnelle<sup>7</sup>. De même, lorsque la conduite de l'accusé en prison donne à penser qu'il ne sera pas libéré par anticipation ou conditionnellement, le juge peut être justifié de refuser la majoration du crédit. Il est rarement nécessaire d'offrir à l'appui une preuve très étoffée. Concrètement, il ne faut pas compliquer le processus de détermination de la peine, ni augmenter sa durée.

[80] Aussi, s'agissant de la raison d'être qualitative du crédit majoré, le délinquant a le fardeau de la preuve, mais il ne lui incombe généralement pas de présenter une preuve très étoffée. Les tribunaux statuent sur des demandes de crédit majoré depuis de nombreuses années. Les conditions des centres de détention préventive et leur surpopulation sont généralement bien connues et il y a souvent accord entre les parties à leur sujet; rien ne justifie la cessation de cette démarche utile. Il n'est pas nécessaire d'établir un processus nouveau et élaboré — la *LAPC* limite le nombre de jours pouvant être accordés, mais elle ne modifie pas le processus de détermination du crédit qu'il convient d'accorder.

### (3) Exclusion de la double prise en compte

[81] Partie intervenante, le directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec soutient que les considérations liées à la situation personnelle d'un détenu, mais étrangères aux conditions de sa détention, ne peuvent justifier l'octroi d'un crédit majoré sur le fondement du par. 719(3.1).

[82] Il est depuis longtemps reconnu que le crédit pour détention présentencielle vise à garantir l'égalité des sanctions infligées à tous les

<sup>7</sup> Par exemple, la personne déclarée coupable de meurtre au premier degré et condamnée à l'emprisonnement à perpétuité ne peut bénéficier de la libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 ans de la peine (art. 745 du *Code criminel*).

released on bail or remanded in custody prior to trial. Consequently, any circumstances that speak to the relative harshness of pre-sentence custody, as opposed to serving a sentence, are relevant.

[83] On this basis, it is difficult to see how factors such as reduced moral culpability of the offender, or the fact that it was a first conviction, could be relevant circumstances with respect to the *relative* harshness of pre-trial detention. The fact that the respondent entered an early guilty plea, accepted responsibility for his actions, and expressed sincere remorse are generally only relevant to the determination of a fit sentence and not to assigning credit under s. 719(3) or s. 719(3.1). To consider them again is what was described as “double dipping”.

#### VI. Application to the Facts

[84] The sentencing judge did not err in law by granting enhanced credit under s. 719(3.1) on the basis of the respondent’s loss of eligibility for early release and parole.

[85] The sentencing judge in this case did not rely on improper factors in assessing credit for pre-trial detention. In his analysis of the appropriate credit, the judge focused on the lack of access to parole, not the respondent’s guilty plea and remorse (paras. 39-43). His discussion of the latter factors was directed at sentencing generally.

[86] To the extent Cronk J.A. referred to these considerations, at para. 124 of her decision, I take her to be suggesting they are relevant for the limited purpose of determining whether the respondent was likely to be granted parole (which is relevant to whether the respondent, in fact, lost the opportunity for parole and early release). She did not treat them as independent circumstances justifying enhanced credit.

délinquants, qu’ils soient libérés sous caution ou détenus jusqu’au procès. Par conséquent, toute circonstance liée à la sévérité de la détention présentencielle, par opposition à l’exécution de la peine, est prise en compte.

[83] Dès lors, il est difficile de voir en quoi certaines considérations comme la culpabilité morale moindre du délinquant ou le fait qu’il s’agissait d’une première infraction pourraient constituer des circonstances pertinentes en ce qui concerne la rigueur *relative* de la détention avant le procès. Le fait que l’intimé a rapidement plaidé coupable, a reconnu la responsabilité de ses actes et a exprimé des remords sincères n’est habituellement pertinent que pour la détermination de la juste peine, et non pour l’octroi d’un crédit suivant les par. 719(3) ou (3.1). En tenir compte une deuxième fois emporte ce qu’on appelle une « double prise en compte ».

#### VI. Application aux faits

[84] Le juge qui a déterminé la peine en l’espèce n’a pas commis d’erreur de droit en accordant un crédit majoré sur le fondement du par. 719(3.1) au motif que l’intimé avait subi une perte aux fins de l’admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle.

[85] Il n’a pas tenu compte de considérations inappropriées pour déterminer le crédit qu’il convenait d’accorder pour la détention avant le procès. Dans son analyse, il s’attache au non-accès à la libération conditionnelle, et non au plaidoyer de culpabilité et aux remords de l’intimé (par. 39-43). Son examen de ces dernières considérations a pour objet la détermination de la peine en général.

[86] Dans la mesure où la juge Cronk invoque ces considérations au par. 124 de ses motifs, je conclus qu’elle les tient pour pertinents aux fins de déterminer très précisément si l’intimé obtiendrait probablement une libération conditionnelle (ce qui importe quant à savoir si l’intimé a, en fait, subi une perte aux fins de l’admissibilité à la libération conditionnelle et à la libération anticipée). Elle ne les assimile pas à des circonstances indépendantes qui justifient un crédit majoré.

[87] I agree with Cronk J.A. that there was no basis to think that the respondent would be denied parole or early release. She said of Crown counsel at trial:

By her reference to the likelihood of early parole for the respondent, she also conceded, in effect, the respondent's good behaviour while in remand custody. Certainly, she did not suggest that the respondent's conduct would in any way disentitle him to earned remission or negatively affect his statutory release and parole eligibility. [para. 125]

[88] While little evidence was available on this point, there is no serious challenge to the conclusion that the respondent was likely to access parole and early release. Therefore, it was appropriate to grant credit at a rate of 1.5 days for every day in detention on the basis of the quantitative rationale for enhanced credit.

[89] I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Brennan Smart Law Office, Kitchener; Russell Silverstein & Associate, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec: Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Russell Silverstein & Associate, Toronto.*

[87] Je conviens avec la juge Cronk qu'il n'y a aucune raison de penser que l'intimé se serait vu refuser la libération conditionnelle ou la libération anticipée. Elle dit ce qui suit au sujet de l'avocate du ministère public au procès :

[TRADUCTION] Lorsqu'elle a fait état de la probabilité de libération conditionnelle anticipée de l'intimé, elle a aussi reconnu la bonne conduite de l'intimé pendant sa détention préventive. Certes, elle n'a pas laissé entendre que la conduite de l'intimé lui ferait perdre le droit à une réduction méritée de peine, ni qu'elle aurait des conséquences néfastes sur son admissibilité à la libération d'office et à la libération conditionnelle. [par. 125]

[88] Les éléments de preuve susceptibles d'être présentés sur ce point étaient peu nombreux, mais la conclusion selon laquelle l'intimé aurait obtenu sa libération conditionnelle et sa libération anticipée n'a pas été sérieusement contestée. Par conséquent, il convenait d'accorder un jour et demi pour chaque jour passé sous garde sur le fondement de la raison d'être d'ordre quantitatif du crédit majoré.

[89] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : Brennan Smart Law Office, Kitchener; Russell Silverstein & Associate, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Russell Silverstein & Associate, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the John Howard Society of Canada: Polley Faith, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Société John Howard du Canada : Polley Faith, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Lerner, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Lerner, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Level Aaron Carvery** *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association of  
Ontario and British Columbia  
Civil Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. CARVERY**

**2014 SCC 27**

File No.: 35115.

2014: January 23; 2014: April 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NOVA SCOTIA

*Criminal law — Sentencing — Considerations — Credit for pre-sentence detention — Criminal Code permitting enhanced credit at rate of up to one and one-half days for every day of detention “if the circumstances justify it” — Sentencing judge applying enhanced credit on basis of lost eligibility for early release — Whether sentencing judge erred by granting credit for pre-sentence custody at rate of one and one-half to one to account for loss of early release — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 719(3), 719(3.1).*

The accused was on remand for 9.5 months. The sentencing judge assigned a credit calculated at a rate of one and one-half to one, on the basis of loss of remission and parole eligibility. The Court of Appeal upheld the decision finding that the legislation provides for judicial discretion to grant credit of up to 1.5 to 1 for time spent in pre-sentence custody on the basis of loss of remission or parole eligibility.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Level Aaron Carvery** *Intimé*

et

**Criminal Lawyers' Association of  
Ontario et Association des libertés civiles  
de la Colombie-Britannique** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : R. c. CARVERY**

**2014 CSC 27**

N° du greffe : 35115.

2014 : 23 janvier; 2014 : 11 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit criminel — Détermination de la peine — Considérations — Crédit pour détention présentencielle — Disposition du Code criminel permettant l'octroi d'un crédit majoré d'au plus un jour et demi pour chaque jour de détention présentencielle « si les circonstances le justifient » — Octroi d'un tel crédit par la juge chargée de la détermination de la peine en raison de la perte liée à l'admissibilité à la libération anticipée — La juge a-t-elle eu tort d'allouer un jour et demi par jour de détention présentencielle pour tenir compte de cette perte? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-24, art. 719(3), 719(3.1).*

L'accusé a passé 9,5 mois en détention préventive. La juge chargée de la détermination de la peine a accordé un crédit à raison d'un jour et demi contre un pour compenser la perte subie aux fins de l'admissibilité à la réduction de peine et à la libération conditionnelle. La Cour d'appel a confirmé sa décision et conclu que la disposition en cause confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'allouer au plus un jour et demi pour chaque jour de détention présentencielle afin de compenser la perte liée à l'admissibilité à la réduction de peine ou à la liberté conditionnelle.

*Held:* The appeal should be dismissed.

For the reasons given in *R. v. Summers*, the circumstances justifying enhanced credit of up to one and one-half days for every day of pre-trial detention under s. 719(3.1) of the *Criminal Code* include the effect of pre-sentence detention on access to early release. In this case, there is nothing in the record to indicate that the accused would be denied early release, and the accused did not try to drag out his remand to manipulate or “game” the system. Thus, there are no grounds to interfere with the sentencing judge’s exercise of discretion.

### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 719(3), (3.1).  
*Truth in Sentencing Act*, S.C. 2009, c. 29, s. 3.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J. and Hamilton and Beveridge JJ.A.), 2012 NSCA 107, 321 N.S.R. (2d) 321, 1018 A.P.R. 321, 305 C.C.C. (3d) 329, 267 C.R.R. (2d) 294, [2012] N.S.J. No. 527 (QL), 2012 CarswellNS 1062, affirming a sentencing decision of Derrick Prov. Ct. J., 2011 NSPC 35, 305 N.S.R. (2d) 167, 966 A.P.R. 167, [2011] N.S.J. No. 339 (QL), 2011 CarswellNS 425. Appeal dismissed.

*David W. Schermbrucker and Brad Reitz*, for the appellant.

*Luke A. Craggs*, for the respondent.

*Ingrid Grant*, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

*Ryan D. W. Dalziel and Anne Amos-Stewart*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Pour les motifs exposés dans *R. c. Summers*, les circonstances qui justifient un crédit majoré d’au plus un jour et demi pour chaque jour de détention présentencielle au titre du par. 719(3.1) du *Code criminel* comprennent l’effet de la détention présentencielle sur l’accès à la libération anticipée. Dans la présente affaire, le dossier ne permet pas de conclure que l’accusé se serait vu refuser la libération anticipée, et l’accusé n’a pas tenté de prolonger sa détention pour exploiter le système ou le déjouer. Il n’y a donc aucune raison d’intervenir dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la juge chargée de la détermination de la peine.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 719(3), (3.1).  
*Loi sur l’adéquation de la peine et du crime*, L.C. 2009, ch. 29, art. 3.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Hamilton et Beveridge), 2012 NSCA 107, 321 N.S.R. (2d) 321, 1018 A.P.R. 321, 305 C.C.C. (3d) 329, 267 C.R.R. (2d) 294, [2012] N.S.J. No. 527 (QL), 2012 CarswellNS 1062, qui a confirmé une décision relative à la détermination de la peine de la juge Derrick, 2011 NSPC 35, 305 N.S.R. (2d) 167, 966 A.P.R. 167, [2011] N.S.J. No. 339 (QL), 2011 CarswellNS 425. Pourvoi rejeté.

*David W. Schermbrucker et Brad Reitz*, pour l’appelante.

*Luke A. Craggs*, pour l’intimé.

*Ingrid Grant*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

*Ryan D. W. Dalziel et Anne Amos-Stewart*, pour l’intervenante l’Association de libertés civiles de la Colombie-Britannique.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu  
par

KARAKATSANIS J. —

LA JUGE KARAKATSANIS —

## I. Introduction

## I. Introduction

[1] Like its companion case, *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575, this appeal concerns the interpretation of s. 719(3.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. This provision allows judges to assign credit for pre-sentence detention at a rate of 1.5 days for every day of detention “if the circumstances justify it”. Pre-sentence detention does not count towards eligibility for early release or parole, and thus may result in a longer period of incarceration than if the offender were released on bail. The Nova Scotia Court of Appeal concluded that this loss of eligibility for parole and early release is a “circumstance” justifying credit at a rate of 1.5 to 1.

[1] À l’instar du dossier connexe *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575, le présent pourvoi porte sur l’interprétation du par. 719(3.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Cette disposition permet au tribunal d’accorder un crédit d’un jour et demi pour chaque jour passé sous garde avant la sentence « si les circonstances le justifient ». La détention présentencielle n’est pas prise en compte aux fins de l’admissibilité à la libération conditionnelle ou anticipée, de sorte que le délinquant qui n’est pas mis en liberté sous caution peut être emprisonné plus longtemps que celui qui bénéficie d’une telle mesure. Selon la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, cette perte aux fins de l’admissibilité à la libération conditionnelle et à la libération anticipée constitue l’une des « circonstances » qui justifient l’octroi d’un crédit d’un jour et demi pour chaque jour passé sous garde.

[2] In light of the principles articulated in *Summers*, and for the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

[2] À la lumière des principes formulés dans *Summers*, et pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

## II. Statutory Provisions

## II. Dispositions législatives

[3] In 2009, Parliament enacted the *Truth in Sentencing Act*, S.C. 2009, c. 29 (*TISA*). Section 3 of the *TISA* amended s. 719(3) of the *Criminal Code* and added s. 719(3.1) as follows (changes underlined):

[3] Le législateur a adopté en 2009 la *Loi sur l’adéquation de la peine et du crime*, L.C. 2009, ch. 29 (*LAPC*), dont l’art. 3 modifie le par. 719(3) du *Code criminel* et ajoute le par. 719(3.1). Voici le texte de ces dispositions (nouveau libellé souligné) :

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence but the court shall limit any credit for that time to a maximum of one day for each day spent in custody.

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d’une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l’infraction; il doit, le cas échéant, restreindre le temps alloué pour cette période à un maximum d’un jour pour chaque jour passé sous garde.

(3.1) Despite subsection (3), if the circumstances justify it, the maximum is one and one-half days for each day spent in custody unless the reason for

(3.1) Malgré le paragraphe (3), si les circonstances le justifient, le maximum est d’un jour et demi pour chaque jour passé sous garde, sauf dans le cas où la

detaining the person in custody was stated in the record under subsection 515(9.1) or the person was detained in custody under subsection 524(4) or (8).

### III. Background

#### A. *Facts*

[4] On September 9, 2010, the respondent was arrested for being on the street after midnight in violation of his bail conditions. A search incident to arrest disclosed five grams of crack cocaine in his sweatshirt.

[5] He was not released on bail. His trial was scheduled for November 16, at which point he pled guilty to the charges of possession of cocaine for the purpose of trafficking and breach of his recognizance.

[6] Sentencing was adjourned to December 13; however, defence counsel requested a pre-sentence report. On January 13, 2011, sentencing was again adjourned when the respondent announced his intention to withdraw his guilty plea. Proceedings were repeatedly adjourned to permit the respondent to retain and instruct alternate counsel. On May 27, 2011, new counsel indicated that the respondent would not withdraw his guilty plea.

[7] The sentencing hearing ultimately took place on June 9, 2011 and the decision was rendered on June 22. The respondent was on remand for 9.5 months.

#### B. *Sentencing Decision, 2011 NSPC 35, 305 N.S.R. (2d) 167*

[8] The Crown sought a sentence of four years' imprisonment, less credit of 9.5 months, calculated at a rate of 1 to 1. The defence ultimately sought a sentence of two years, less credit, calculated at a rate of 1.5 to 1.

personne a été détenue pour le motif inscrit au dossier de l'instance en application du paragraphe 515(9.1) ou au titre de l'ordonnance rendue en application des paragraphes 524(4) ou (8).

### III. Contexte

#### A. *Les faits*

[4] Le 9 septembre 2010, l'intimé a été arrêté au motif qu'il se trouvait dans la rue après minuit en violation des conditions de sa mise en liberté sous caution. La fouille accessoire alors effectuée a permis de découvrir sur lui cinq grammes de crack dans son sweat-shirt.

[5] L'intimé n'a pas été libéré sous caution. Son procès a été fixé au 16 novembre. Il a alors plaidé coupable aux accusations de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic et de violation de son engagement.

[6] La détermination de la peine a été reportée au 13 décembre, mais l'avocat de la défense a demandé un rapport présentenciel. Le 13 janvier 2011, la détermination de la peine a de nouveau été reportée lorsque l'intimé a fait connaître son intention de retirer son plaidoyer de culpabilité. Le tribunal a ajourné l'instance à maintes reprises pour permettre à l'intimé de retenir les services d'un autre avocat. Le 27 mai 2011, l'intimé a fait savoir par la voix de son nouveau défenseur qu'il ne retirerait pas son plaidoyer de culpabilité.

[7] L'audience de détermination de la peine a finalement eu lieu le 9 juin 2011, et la sentence a été prononcée le 22 juin. L'intimé a passé 9,5 mois en détention préventive.

#### B. *La peine infligée, 2011 NSPC 35, 305 N.S.R. (2d) 167*

[8] Le ministère public a réclamé une peine de quatre ans d'emprisonnement, moins les neuf mois et demi passés sous garde selon un ratio d'un jour contre un. Pour sa part, la défense a finalement préconisé une peine de deux ans, moins un jour et demi par jour de détention présentencielle.



[9] The sentencing judge determined the fit sentence was 30 months. Derrick Prov. Ct. J. concluded that loss of remission and parole eligibility can justify enhanced credit under s. 719(3.1). She concluded that s. 719(3.1) was deliberately not limited to “exceptional circumstances” and that the common law had long recognized that credit at a rate in excess of 1 to 1 is fair.

[10] Derrick Prov. Ct. J. concluded that the respondent’s actions did not disentitle him from receiving enhanced credit because he was not dragging out his remand to manipulate the system. While the respondent could have been sentenced earlier, had he not explored the possibility of withdrawing his guilty plea, it would not be appropriate to penalize him for considering a legal option. She agreed that the conditions in which the respondent was detained did not themselves justify enhanced credit.

[11] The sentencing judge assigned credit of 14 months and one week, calculated at a rate of 1.5 to 1, on the basis of loss of remission and parole eligibility.

C. *Nova Scotia Court of Appeal, 2012 NSCA 107, 321 N.S.R. (2d) 321*

[12] The Crown appealed on the grounds that enhanced credit at a rate higher than 1 to 1 is available only in exceptional circumstances. The Crown further argued that, even if a rate higher than 1 to 1 were available, it would be inappropriate on the facts of this case.

[13] Beveridge J.A., writing for the Court of Appeal, engaged in a detailed analysis of s. 719(3.1) and concluded that “circumstances” justifying enhanced credit need not be exceptional. Pre-sentence credit is generally granted because the conditions on

[9] La juge Derrick de la Cour provinciale a décidé que la juste peine correspondait à un emprisonnement de 30 mois. Elle a conclu que la perte subie aux fins de l’admissibilité à la réduction de peine et à la libération conditionnelle peut justifier l’octroi d’un crédit majoré au titre du par. 719(3.1). Toujours selon elle, c’est délibérément que le législateur n’a pas fait en sorte que le par. 719(3.1) s’applique uniquement dans des [TRADUCTION] « circonstances exceptionnelles », et la common law reconnaît depuis longtemps qu’il est juste d’allouer plus d’un jour pour chaque jour passé sous garde.

[10] La juge Derrick conclut que, par ses actes, l’intimé n’a pas exclu la possibilité d’obtenir un crédit majoré car il n’a pas prolongé sa détention préventive afin d’exploiter le système. La sentence aurait pu être prononcée plus tôt si l’intimé n’avait pas considéré la possibilité de retirer son plaidoyer de culpabilité, mais il ne convient pas de le pénaliser pour avoir envisagé une option juridique. Elle reconnaît que les conditions de détention de l’intimé comme telles ne justifiaient pas la majoration du crédit.

[11] La juge a accordé un crédit de 14 mois et une semaine, soit un jour et demi par jour passé sous garde, pour compenser la perte subie aux fins de l’admissibilité à la réduction de peine et à la libération conditionnelle.

C. *Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, 2012 NSCA 107, 321 N.S.R. (2d) 321*

[12] Le ministère public a plaidé en appel que seules des circonstances exceptionnelles justifiaient le tribunal d’accorder un crédit de plus d’un jour par jour passé sous garde. Il a en outre soutenu que, même si le tribunal pouvait accorder un crédit majoré, la mesure était inopportune au vu des faits de l’espèce.

[13] Au nom de la Cour d’appel, le juge Beveridge conclut à l’issue d’une analyse détaillée du par. 719(3.1) que les « circonstances » qui justifient un crédit majoré n’ont pas à être exceptionnelles. Le crédit pour détention présentencielle est

remand are usually harsher than those when serving a sentence and because pre-sentence custody does not count towards remission or parole eligibility.

[14] Thus, Beveridge J.A. concluded that the legislation provides for judicial discretion to grant credit of up to 1.5 to 1 for time spent in pre-sentence custody on the basis of loss of remission or parole eligibility. He noted that the application of s. 719(3.1) would not be automatic — it would still be necessary to establish that an offender would have earned remission or been granted parole, although doing so will not be onerous.

[15] A trial judge's decision to credit pre-sentence custody is discretionary, and in this case, there was no error in principle justifying appellate intervention.

#### IV. Issue

[16] Did the sentencing judge err by granting credit for pre-sentence custody at a rate of 1.5 to 1 to account for loss of early release?

#### V. Analysis

[17] For the reasons given in the companion case, *Summers*, I conclude that the “circumstances” justifying enhanced credit under s. 719(3.1) include the effect of pre-sentence detention on access to early release. Therefore, the only remaining question is whether the sentencing judge erred in granting enhanced credit on the facts of this case.

[18] The Crown argues that the respondent's own actions disentitled him from receiving enhanced credit.

généralement accordé parce que les conditions de détention préventive sont d'ordinaire plus sévères que celles de l'exécution de la peine, et que la détention présentencielle n'est pas prise en compte aux fins de l'admissibilité à la réduction de peine ou à la libération conditionnelle.

[14] Il conclut donc que la disposition confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'accorder au plus un jour et demi par jour de détention présentencielle pour compenser la perte subie aux fins de l'admissibilité à la réduction de peine ou à la libération conditionnelle. Il fait remarquer que le par. 719(3.1) ne s'applique pas automatiquement, car il demeure nécessaire d'établir que le délinquant aurait mérité une réduction de peine ou obtenu une libération conditionnelle, bien que ce ne soit pas difficile.

[15] La décision du juge du procès d'allouer du temps pour la détention présentencielle est discrétionnaire, et nulle erreur de principe qui justifie une intervention en appel n'entache la décision rendue en l'espèce.

#### IV. Question en litige

[16] La juge chargée de la détermination de la peine a-t-elle eu tort d'accorder un crédit d'un jour et demi par jour de détention présentencielle de manière à compenser la perte subie aux fins de l'admissibilité à la réduction de peine et à la libération anticipée?

#### V. Analyse

[17] Pour les motifs exposés dans le pourvoi connexe *Summers*, je conclus que les « circonstances » qui justifient un crédit majoré au titre du par. 719(3.1) comprennent l'effet de la détention présentencielle sur l'accès à la libération anticipée. Il ne reste donc qu'à déterminer si la juge a eu tort ou non d'accorder un crédit majoré au vu des faits de l'espèce.

[18] Le ministère public soutient que, par ses propres actes, l'intimé a exclu la possibilité d'obtenir un crédit majoré.

[19] Much of the pre-sentencing delay was caused by the respondent's indecision as to whether he would plead guilty, and the changes in counsel this necessitated.

[20] However, the sentencing judge found that the respondent did not try to drag out his remand to manipulate or "game" the system (paras. 55-56). That finding was available to the sentencing judge on this record and there are no grounds to set it aside.

[21] Credit at a rate of 1.5 to 1 does not allow the respondent to derive a "benefit" from the delay, unless he ultimately does not qualify for early release. Indeed, while that rate compensates for loss of early release, if the respondent were to be paroled at any time before the 2/3 mark of his sentence, he would end up spending more time in jail because of the delay, notwithstanding the enhanced credit.

[22] There is nothing in the record to indicate that the respondent would be denied early release. Therefore, I agree with the Court of Appeal that there are no grounds to interfere with the sentencing judge's exercise of discretion.

[23] I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.*

*Solicitors for the respondent: Burke Thompson, Halifax.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Russell Silverstein & Associate, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

[19] Si le prononcé de la sentence a tant tardé c'est en bonne partie à cause de l'indécision de l'intimé quant à l'opportunité d'un plaidoyer de culpabilité et au changement d'avocat qui en a résulté.

[20] La juge chargée de la détermination de la peine conclut toutefois que l'intimé n'a pas tenté de prolonger sa détention préventive pour exploiter ou [TRADUCTION] « déjouer » le système (par. 55 et 56). Le dossier lui permettait de tirer cette conclusion, et rien ne justifie l'annulation de celle-ci.

[21] L'obtention d'un crédit à raison d'un jour et demi pour chaque jour passé sous garde ne permet pas à l'intimé de tirer « avantage » du délai, sauf si, au final, il n'est pas admissible à la libération anticipée. En effet, bien que ce ratio compense la perte subie aux fins de la libération anticipée, l'intimé passerait plus de temps en prison à cause du délai s'il était mis en liberté conditionnelle à n'importe quel moment avant l'exécution des deux tiers de sa peine, malgré l'octroi d'un crédit majoré.

[22] Le dossier ne permet pas de conclure que l'intimé se serait vu refuser la libération anticipée. Je conviens donc avec la Cour d'appel qu'il n'y a aucune raison d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la juge chargée de la détermination de la peine.

[23] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.*

*Procureurs de l'intimé : Burke Thompson, Halifax.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Russell Silverstein & Associate, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

**Calvin Clarke** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. CLARKE**

**2014 SCC 28**

File No.: 35487.

Hearing and judgment: January 24, 2014.

Reasons delivered: April 11, 2014.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Sentencing — Legislation — Interpretation — Truth in Sentencing Act providing that changes to how much credit given for pre-sentence custody “apply only to persons charged after” Act came into force — Accused committed offences before Truth in Sentencing Act came into force, but charged after Act came into force — Whether s. 5 of Truth in Sentencing Act applies only to offenders charged after amendments have come into force regardless of when offences were committed — Truth in Sentencing Act, S.C. 2009, c. 29, s. 5.*

Section 5 of the *Truth in Sentencing Act* states that the caps on how much credit should be given for pre-sentence custody “apply only to persons charged after” the *Act* came into force. The accused committed the offences for which he was convicted before the *Act* came into force but he was charged after the *Act* came into force. He argued that since he committed the offences before the *Act* came into force, the caps did not apply to him. He did not challenge the constitutionality of the provision. The trial judge and the Court of Appeal held that the impugned provision unambiguously applied.

*Held:* The appeal should be dismissed.

While it is true that new sentencing legislation is presumed not to apply retrospectively, in the absence of a constitutional challenge the presumption can be

**Calvin Clarke** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. CLARKE**

**2014 CSC 28**

N° du greffe : 35487.

Audition et jugement : 24 janvier 2014.

Motifs déposés : 11 avril 2014.

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

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

*Droit criminel — Détermination de la peine — Législation — Interprétation — Disposition de la Loi sur l'adéquation de la peine et du crime selon laquelle les modifications apportées au crédit susceptible d'être accordé pour la détention présentencielle « ne s'appliquent qu'à l'égard des personnes inculpées après » l'entrée en vigueur de la Loi — Infractions perpétrées avant l'entrée en vigueur de la Loi, mais accusé inculpé après celle-ci — L'article 5 de la Loi s'applique-t-il seulement aux délinquants inculpés après l'entrée en vigueur des modifications peu importe le moment auquel les infractions ont été commises? — Loi sur l'adéquation de la peine et du crime, L.C. 2009, ch. 29, art. 5.*

L'article 5 de la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* précise que les limites apportées à l'octroi d'un crédit pour la détention présentencielle « ne s'appliquent qu'à l'égard des personnes inculpées après » l'entrée en vigueur de la *Loi*. L'accusé a commis les infractions dont il a par la suite été reconnu coupable avant l'entrée en vigueur de la *Loi*, mais il a été inculpé après celle-ci. Il a soutenu que les limites ne valaient pas à son égard car les infractions avaient été commises avant l'entrée en vigueur de la *Loi*. Il n'a pas allégué l'inconstitutionnalité de la disposition en cause. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont statué que cette dernière s'appliquait de manière non équivoque.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Il est vrai qu'une disposition nouvelle sur la détermination de la peine est présumée ne pas s'appliquer rétroactivement, mais à défaut d'une contestation

displaced by a clear legislative direction that a provision is to apply retrospectively. In this case, the language used in s. 5 of the *Truth in Sentencing Act* is unambiguous. In the absence of ambiguity the court must give effect to the clearly expressed legislative intent. The application of the interpretive assistance of *Charter* values is precluded by this absence of ambiguity. Section 5 states clearly that the new provisions apply to persons charged after the *Truth in Sentencing Act* came into force. The only triggering event is when the person was charged, regardless of when the offences were committed. The presumption is therefore rebutted.

In this case, the accused was charged after the *Truth in Sentencing Act* came into force. He was therefore subject to the credit limits for pre-sentence custody in accordance with s. 5.

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Serdyuk*, 2012 ABCA 205, 68 Alta. L.R. (5th) 152; *R. v. A.A.M.*, 2013 NLCA 26, 335 Nfld. & P.E.I.R. 199; *R. v. Wust*, 2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455; *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575; *R. v. Carvery*, 2014 SCC 27, [2014] 1 S.C.R. 605; *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 719(3), (3.1).  
*Truth in Sentencing Act*, S.C. 2009, c. 29, ss. 3, 5.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Goudge and Gillese JJ.A.), 2013 ONCA 7, 115 O.R. (3d) 75, 302 O.A.C. 40, 293 C.C.C. (3d) 369, 274 C.R.R. (2d) 370, [2013] O.J. No. 94 (QL), 2013 CarswellOnt 263, affirming a sentencing decision of O'Donnell J. Appeal dismissed.

*Diana Lumba*, for the appellant.

*Mabel Lai*, for the respondent.

constitutionnelle, la présomption peut être écartée par la manifestation claire de l'intention du législateur de conférer un effet rétroactif à la disposition. En l'espèce, le libellé de l'art. 5 de la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* n'est pas ambigu. Lorsque la mesure législative est non équivoque, le tribunal doit donner effet à l'intention manifeste du législateur. L'absence d'ambiguïté fait obstacle au recours aux valeurs de la *Charte* pour interpréter l'art. 5. Ce dernier prévoit clairement que les nouvelles dispositions s'appliquent aux personnes inculpées après l'entrée en vigueur de la *Loi*. Le seul moment déterminant est celui de l'inculpation, peu importe celui de la perpétration des infractions. La présomption est donc réfutée.

Dans la présente affaire, l'accusé a été inculpé après l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime*. Il était donc assujéti aux limites apportées au crédit pour détention présentencielle conformément à l'art. 5.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Serdyuk*, 2012 ABCA 205, 68 Alta. L.R. (5th) 152; *R. c. A.A.M.*, 2013 NLCA 26, 335 Nfld. & P.E.I.R. 199; *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455; *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575; *R. c. Carvery*, 2014 CSC 27, [2014] 1 R.C.S. 605; *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 719(3), (3.1).  
*Loi sur l'adéquation de la peine et du crime*, L.C. 2009, ch. 29, art. 3, 5.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Goudge et Gillese), 2013 ONCA 7, 115 O.R. (3d) 75, 302 O.A.C. 40, 293 C.C.C. (3d) 369, 274 C.R.R. (2d) 370, [2013] O.J. No. 94 (QL), 2013 CarswellOnt 263, qui a confirmé une décision relative à la détermination de la peine du juge O'Donnell. Pourvoi rejeté.

*Diana Lumba*, pour l'appellant.

*Mabel Lai*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — Sentencing legislation will not be given retrospective application unless the legislation unequivocally states that it is to have retrospective effect. This does not immunize it from a *Charter* challenge, but if no such challenge is brought, the ordinary rules of statutory interpretation apply. This is not to suggest that these rules exclude *Charter* values as one aspect of the broader interpretive context contemplated by our “modern rule of interpretation”, but that is different from using those values to create ambiguity when none exists.

[2] The focus of this appeal is on s. 5 of the *Truth in Sentencing Act*,<sup>1</sup> a brief provision which says that the caps on how much credit should be given for pre-sentence custody “apply only to persons charged after” the *Act* came into force. The marginal note to s. 5 says “Application — persons charged after coming into force”.

[3] The accused in this case, Calvin Clarke, did not bring a constitutional challenge to s. 5. Nor did he allege abuse of process. His argument instead was that the provision was ambiguous and that the appropriate interpretive exercise involved the application of *Charter* values.

[4] With respect for those with a different view (*R. v. Serdyuk* (2012), 68 Alta. L.R. (5th) 152 (C.A.), and *R. v. A.A.M.* (2013), 335 Nfld. & P.E.I.R. 199 (N.L.C.A.)), I agree with the trial judge and Court of Appeal in this case that the impugned provision unambiguously applies only to those offenders charged after the amendments came into force, regardless of when the offences were committed. In the absence of a *Charter* challenge, this ends the interpretive exercise.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Les lois concernant la détermination de la peine n’ont un effet rétrospectif que si elles le prévoient de manière non équivoque. Cela ne les « immunise » pas pour autant contre une contestation fondée sur la *Charte*, mais à défaut d’une telle contestation, les règles ordinaires d’interprétation législative s’appliquent. Ces règles n’excluent pas la prise en compte des valeurs de la *Charte* dans le contexte interprétatif général que posent nos « règles d’interprétation modernes », mais cette prise en compte ne saurait servir à créer une ambiguïté alors qu’il n’en existe aucune.

[2] Le pourvoi porte sur l’art. 5 de la *Loi sur l’adéquation de la peine et du crime*<sup>1</sup>, une courte disposition qui précise que les limites apportées à l’octroi d’un crédit pour compenser la détention présentencielle « ne s’appliquent qu’à l’égard des personnes inculpées après » l’entrée en vigueur de la *Loi*. Le texte de la note marginale qui accompagne l’art. 5 est le suivant : « Application : personnes inculpées après l’entrée en vigueur ».

[3] Dans la présente affaire, l’accusé, Calvin Clarke, n’a pas contesté la constitutionnalité de l’art. 5. Il n’a pas non plus plaidé l’abus de procédure. Il a plutôt soutenu que la disposition est équivoque et que sa juste interprétation commande l’application des valeurs de la *Charte*.

[4] Soit dit en tout respect pour les tenants de l’avis contraire (*R. c. Serdyuk* (2012), 68 Alta. L.R. (5th) 152 (C.A.), et *R. c. A.A.M.* (2013), 335 Nfld. & P.E.I.R. 199 (C.A.T.-N.-L.)), je conviens avec le juge de première instance et la Cour d’appel de l’Ontario que, de manière non équivoque, la disposition en cause s’applique seulement aux délinquants *inculpés* après l’entrée en vigueur des modifications, peu importe le moment où les infractions ont été commises. Faute d’une contestation fondée sur la *Charte*, la démarche interprétative prend dès lors fin.

<sup>1</sup> S.C. 2009, c. 29

<sup>1</sup> L.C. 2009, ch. 29

### Analysis

[5] Prior to the enactment of the *Truth in Sentencing Act*, judges routinely exercised their discretion to give offenders extra credit for time spent in custody awaiting sentencing at a ratio higher than one day of credit for every day in custody. This was a reflection of the reality that unlike custody after sentencing, pre-sentence custody conditions were often harsher, remedial programs were unavailable and time spent in custody did not count for the purposes of early release (statutory release or remission) (*R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455). Credit was usually given at a rate of two days for every day served in pre-sentence custody, but could be higher depending on the offender's pre-sentence custodial circumstances.

[6] Section 3 of the *Truth in Sentencing Act* restricted this discretion by limiting it to "a maximum of one day for each day" in "custody" (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 719(3)) unless "the circumstances" justified an increase to a maximum of one and a half days (s. 719(3.1)). Those provisions are the subject of two decisions of this Court which are being concurrently released: *R. v. Summers*, [2014] 1 S.C.R. 575, and *R. v. Carvery*, [2014] 1 S.C.R. 605. These decisions considered what "circumstances" would justify an increase to the maximum allowable credit.

[7] On February 20 and 21, 2010, Mr. Clarke committed a number of offences, including break and enter. The amendments were enacted on February 22, 2010. He was charged in March, 2010.

[8] Mr. Clarke pleaded guilty on November 10, 2010 and was sentenced to 10 years. The trial judge gave him the maximum allowable credit under the amendments of one and a half days for each day spent in pre-sentence custody. His sentence was therefore reduced by 17 months.

### Analyse

[5] Avant l'adoption de la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime*, les tribunaux exerçaient couramment leur pouvoir discrétionnaire en accordant au délinquant un crédit de plus d'un jour pour chaque jour passé sous garde avant la détermination de la peine. La mesure se justifiait par le fait que les conditions de la détention présentencielle étaient souvent plus dures que celles de l'exécution de la peine d'emprisonnement, que nul programme d'aide n'était offert et que le temps passé sous garde ne comptait pas aux fins de la libération anticipée (libération d'office ou réduction légale de peine) (*R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455). Les tribunaux accordaient généralement un crédit de deux jours pour chaque jour de détention présentencielle, mais ils pouvaient accroître ce ratio en fonction des conditions de cette détention.

[6] L'article 3 de la *Loi* a circonscrit ce pouvoir discrétionnaire de manière que le tribunal ne puisse accorder qu'« un maximum d'un jour pour chaque jour passé sous garde » (*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, par. 719(3)), sauf si « les circonstances » justifient l'octroi d'un crédit majoré à raison d'au plus un jour et demi par jour passé sous garde (par. 719(3.1)). Ces dispositions font l'objet de deux arrêts rendus simultanément (*R. c. Summers*, [2014] 1 R.C.S. 575, et *R. c. Carvery*, [2014] 1 R.C.S. 605) où notre Cour se prononce plus précisément sur les « circonstances » qui justifient l'octroi d'un crédit majoré.

[7] Les 20 et 21 février 2010, M. Clarke a commis un certain nombre d'infractions, dont celle d'introduction par effraction. Les dispositions modificatives de la *Loi* ont été adoptées le 22 février 2010. L'inculpation a eu lieu en mars 2010.

[8] M. Clarke a inscrit un plaidoyer de culpabilité le 10 novembre 2010 et il a été condamné à 10 ans d'emprisonnement. Le juge de première instance lui a accordé le crédit maximal d'un jour et demi par jour de détention présentencielle, conformément aux nouvelles dispositions. Sa peine a donc été réduite de 17 mois.

[9] Mr. Clarke argued unsuccessfully at trial and before the Court of Appeal that on a proper interpretation of s. 5, the *Truth in Sentencing Act* did not apply to him because the *offences* were committed before the legislation came into force and he was therefore entitled to the two or three days' credit that was available when the offences were committed. Rather than bring a direct *Charter* challenge, he argued that the provision was ambiguous and that *Charter* values should therefore be applied in a way that gave s. 5 prospective effect.

[10] It is true that new sentencing legislation should be presumed not to apply retrospectively (*R. v. Dineley*, [2012] 3 S.C.R. 272). The presumption can be displaced, however, by a clear legislative direction that a provision is to apply retrospectively. The requirement for clarity, as Deschamps J. noted in *Dineley*, ensures that

the cases in which legislation has retrospective effect must be exceptional. . . . New legislation that affects substantive rights will be presumed to have only prospective effect unless it is possible to discern a clear legislative intent that it is to apply retrospectively . . . . [para. 10]

[11] In this case, the language is sufficiently clear to rebut the presumption. With respect, it is difficult to find a less ambiguous expression of statutory intent than in the simple language of s. 5. It states clearly that the new provisions apply to persons charged after the *Act* came into force. The only triggering event is when the person was charged, regardless of when the offences were committed.

[12] The absence of ambiguity also precludes the application of the interpretive assistance of *Charter* values, which only play a role if there is genuine ambiguity as to the meaning of a provision (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, and *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554). If the statute is unambiguous, the court must give effect to the clearly expressed legislative intent.

[9] M. Clarke a fait valoir en vain, en première instance et en Cour d'appel, que suivant une interprétation juste de son art. 5, la *Loi* ne s'appliquait pas à sa situation puisque les *infractions* avaient été commises avant l'entrée en vigueur des dispositions, de sorte qu'il avait droit au crédit de deux ou trois jours susceptible d'être accordé au moment de la perpétration des infractions. Au lieu de contester la disposition directement sur le fondement de la *Charte*, il a soutenu qu'elle était équivoque et que les valeurs de la *Charte* devaient donc s'appliquer de manière à donner un effet prospectif à l'art. 5.

[10] Il est vrai qu'une disposition nouvelle sur la détermination de la peine devrait être présumée ne pas s'appliquer rétrospectivement (*R. c. Dineley*, [2012] 3 R.C.S. 272). La présomption peut cependant être écartée par une manifestation claire de l'intention du législateur de conférer un effet rétrospectif à la disposition. Dans *Dineley*, la juge Deschamps dit de l'exigence de la clarté qu'elle assure

le caractère exceptionnel des mesures législatives applicables rétrospectivement. [ . . . ] Ainsi, une nouvelle mesure législative qui porte atteinte à de tels droits est présumée n'avoir d'effet que pour l'avenir, à moins qu'il soit possible de discerner une intention claire du législateur qu'elle s'applique rétrospectivement . . . . [par. 10]

[11] En l'espèce, le libellé est suffisamment clair pour écarter la présomption. Soit dit en tout respect, il est difficile d'imaginer une expression moins ambiguë de l'intention du législateur que celle qui correspond au texte simple de l'art. 5. La loi prévoit clairement que les nouvelles dispositions s'appliquent aux personnes inculpées après l'entrée en vigueur de la *Loi*. Le seul moment déterminant est celui de l'inculpation, peu importe celui de la perpétration des infractions.

[12] L'absence d'ambiguïté fait également obstacle au recours aux valeurs de la *Charte* pour interpréter la disposition, ces valeurs ne jouant un rôle qu'en cas d'ambiguïté véritable (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, et *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554). Lorsque la mesure législative est sans équivoque, le tribunal doit donner effet à l'intention manifeste du législateur.



[13] The role of *Charter* values in interpreting statutes was explained by Iacobucci J. in *Bell ExpressVu* as follows:

... to the extent this Court has recognized a “*Charter* values” interpretive principle, such principle can *only* receive application in circumstances of genuine ambiguity, i.e., where a statutory provision is subject to differing, but equally plausible, interpretations. [Emphasis in original; para. 62.]

. . . .

... a blanket presumption of *Charter* consistency could sometimes frustrate true legislative intent, contrary to what is mandated by the preferred approach to statutory construction. . . . [para. 64]

. . . .

... if courts were to interpret all statutes such that they conformed to the *Charter*, this would wrongly upset the dialogic balance. Every time the principle were applied, it would pre-empt judicial review on *Charter* grounds, where resort to the internal checks and balances of s. 1 may be had. In this fashion, the legislatures would be largely shorn of their constitutional power to enact reasonable limits on *Charter* rights and freedoms, which would in turn be inflated to near absolute status. Quite literally, in order to avoid this result a legislature would somehow have to set out its justification for qualifying the *Charter* right expressly in the statutory text, all without the benefit of judicial discussion regarding the limitations that are permissible in a free and democratic society. Before long, courts would be asked to interpret *this* sort of enactment in light of *Charter* principles. The patent unworkability of such a scheme highlights the importance of retaining a forum for dialogue among the branches of governance. *As such, where a statute is unambiguous, courts must give effect to the clearly expressed legislative intent and avoid using the Charter to achieve a different result.* [Emphasis added; para. 66.]

[13] Dans *Bell ExpressVu*, le juge Iacobucci explique comme suit la fonction des valeurs de la *Charte* dans l’interprétation des lois :

... dans la mesure où notre Cour a reconnu un principe d’interprétation fondé sur le respect des « valeurs de la *Charte* », ce principe ne s’applique *uniquement* qu’en cas d’ambiguïté véritable, c’est-à-dire lorsqu’une disposition législative se prête à des interprétations divergentes mais par ailleurs tout aussi plausibles l’une que l’autre. [Souligné dans l’original; par. 62.]

. . . .

... appliquer une présomption générale de conformité à la *Charte* pourrait parfois contrecarrer le respect de l’intention véritable du législateur, contrairement à ce que prescrit la démarche privilégiée en matière d’interprétation législative. . . . [par. 64]

. . . .

... si les tribunaux devaient interpréter toutes les lois de manière à faire en sorte qu’elles soient conformes à la *Charte*, cela perturberait à tort l’équilibre dialogique. Chaque fois que ce principe serait appliqué, il préviendrait tout contrôle judiciaire fondé sur des motifs prévus par la *Charte*, recours qui permet de profiter des mécanismes internes de pondération que comporte l’article premier. Ainsi, les législateurs seraient en grande partie dépouillés du pouvoir que leur reconnaît la Constitution d’apporter, par voie législative, des restrictions raisonnables aux droits et libertés garantis par la *Charte*, lesquels posséderaient dès lors un caractère quasi absolu. En fait, le législateur qui ne voudrait pas se retrouver dans une telle situation devrait, d’une manière ou d’une autre, justifier expressément dans le texte législatif la limitation du droit garanti par la *Charte*, sans bénéficier des avantages d’un débat devant les tribunaux relativement aux restrictions qui sont acceptables dans une société libre et démocratique. Avant longtemps, les tribunaux seraient appelés à interpréter *ce* genre de texte de loi à la lumière des principes consacrés par la *Charte*. Le caractère manifestement impraticable d’une telle façon de faire met en évidence l’importance de maintenir le dialogue entre les pouvoirs composant l’État. *Par conséquent, lorsqu’une loi n’est pas ambiguë, les tribunaux doivent donner effet à l’intention clairement exprimée par le législateur et éviter d’utiliser la Charte pour arriver à un résultat différent.* [Italiques ajoutés; par. 66.]

[14] In *Rodgers*, Charron J. confirmed these interpretive borders in the criminal law context:

... It has long been accepted that courts should apply and develop common law rules in accordance with the values and principles enshrined in the *Charter* . . . . However, it is equally well settled that, in the interpretation of a statute, *Charter* values as an interpretative tool can only play a role where there is a genuine ambiguity in the legislation. In other words, where the legislation permits two different, yet equally plausible, interpretations, each of which is equally consistent with the apparent purpose of the statute, *it is appropriate to prefer the interpretation that accords with Charter principles. However, where a statute is not ambiguous, the court must give effect to the clearly expressed legislative intent and not use the Charter to achieve a different result.* . . . [Emphasis added; para. 18.]

If this limit were not imposed on the use of the *Charter* as an interpretative tool, the application of *Charter* principles as an overarching rule of statutory interpretation could well frustrate the legislator's intent in the enactment of the provision. Moreover, it would deprive the *Charter* of its more powerful purpose — the determination of the constitutional validity of the legislation . . . . [para. 19]

[15] The requirement of statutory ambiguity as a prerequisite to the application of *Charter* values was most recently acknowledged in *R. v. Mabior*, [2012] 2 S.C.R. 584, where the Chief Justice stated that *Charter* values are “always relevant” to the interpretation of a “disputed” provision of the *Criminal Code* (para. 44). The two cases relied on by the Chief Justice for this proposition — *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 33 and *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 35 — both assert that where more than one interpretation of a provision is equally plausible, *Charter* values should be used to determine which interpretation is constitutionally compliant.

[16] Nor, with respect, is Mr. Clarke assisted by *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 S.C.R. 395, which was referred to by the Alberta Court of Appeal in *Serdyuk*. Only in the administrative law context is ambiguity not the divining rod that

[14] Dans *Rodgers*, la juge Charron confirme ce balisage de l'interprétation en matière criminelle :

... Il est depuis longtemps admis que les tribunaux doivent appliquer et faire évoluer les règles de common law en conformité avec les valeurs et les principes consacrés par la *Charte* [. . .] Cependant, il est également bien établi qu'une disposition législative ne peut être interprétée au regard des valeurs de la *Charte* que si elle comporte une ambiguïté véritable. En d'autres termes, lorsque la disposition législative se prête à deux interprétations différentes, mais également plausibles et compatibles avec l'objet apparent de la loi, *il convient de préférer l'interprétation qui s'harmonise avec les principes de la Charte. Toutefois, lorsque la disposition n'est pas ambiguë, le tribunal doit donner effet à l'intention manifeste du législateur et s'abstenir de recourir à la Charte pour arriver à un résultat différent.* . . . [Italiques ajoutés; par. 18.]

Si le recours à la *Charte* comme outil d'interprétation n'était pas ainsi restreint, l'application des principes qu'elle consacre, comme règle générale d'interprétation législative, pourrait bien contrecarrer l'intention du législateur. En outre, elle priverait la *Charte* de sa raison d'être plus fondamentale — la détermination de la constitutionnalité de la loi . . . [par. 19]

[15] Plus récemment, dans *R. c. Mabior*, [2012] 2 R.C.S. 584, notre Cour a reconnu l'exigence d'une ambiguïté législative pour que puissent s'appliquer les valeurs de la *Charte*; la Juge en chef y affirme que ces valeurs « ont toujours leur place » dans l'interprétation d'une disposition « contestée » du *Code criminel* (par. 44). Selon deux arrêts invoqués à l'appui par la Juge en chef — *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 33, et *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 35 —, lorsqu'une disposition peut être interprétée de deux manières également plausibles, il convient de recourir aux valeurs de la *Charte* pour déterminer laquelle des deux respecte la Constitution.

[16] L'arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, auquel renvoie la Cour d'appel de l'Alberta dans *Serdyuk*, n'étaye pas non plus la thèse de M. Clarke. Ce n'est qu'en droit administratif que l'ambiguïté ne constitue pas l'élément déclencheur

attracts *Charter* values. Instead, administrative law decision-makers “must act consistently with the values underlying the grant of discretion, including *Charter* values” (*Doré*, at para. 24). The issue in the administrative context therefore, is not whether the statutory language is so ambiguous as to engage *Charter* values, it is whether the exercise of discretion by the administrative decision-maker unreasonably limits the *Charter* protections in light of the legislative objective of the statutory scheme.

[17] In the case before us, as Laskin J.A. noted in his inarguable reasons, “[t]he words of s. 5 are clear and admit of only one meaning”, namely:

... The new provisions apply to the sentencing of all persons charged after the Act came into force, no matter when the offences were committed. . . . [T]o give effect to the appellant’s position, one would have to read into s. 5 the following underlined words:

[The new provisions], as enacted by s. 3, apply only to persons charged with an offence committed after the day on which those [provisions] come into force. [para. 19]

Parliament has to be taken to know the difference between the date an offence takes place and the date a person is charged with the offence. To read in those underlined words would change Parliament’s intent on the applicability of the *Truth in Sentencing Act*. The trial judge’s interpretation of the Act is therefore consistent with the plain words of the statute. [para. 20]

One obvious purpose of the *Truth in Sentencing Act* is to reduce the credit available for the population of offenders detained before sentencing. The triggering date for detention before sentencing is the date the person is charged and held pending a bail hearing. The date a person commits an offence is of no relevance to this purpose of the *Truth in Sentencing Act*. . . . [Text in brackets in original; para. 22.]

pour l’application des valeurs de la *Charte*. En fait, le décideur administratif « doi[t] agir de manière compatible avec les valeurs sous-jacentes à l’octroi d’un pouvoir discrétionnaire » (*Doré*, par. 24). Dans le contexte administratif, la question n’est donc pas celle de savoir si le texte de la mesure législative est ambigu au point d’emporter l’application des valeurs de la *Charte*, mais bien si l’exercice du pouvoir discrétionnaire du décideur administratif restreint déraisonnablement les garanties de la *Charte* eu égard à l’objectif qui sous-tend le régime législatif.

[17] Dans la présente affaire, le juge Laskin, de la Cour d’appel de l’Ontario, fait observer dans ses motifs inattaquables que [TRADUCTION] « [I]e libellé de l’art. 5 est clair et ne permet qu’une seule interprétation », c’est-à-dire :

[TRADUCTION] . . . Les nouvelles dispositions s’appliquent à la détermination de la peine de toute personne inculpée après leur entrée en vigueur, quel que soit le moment où l’infraction a été perpétrée. [. . .] [F]aire droit à la thèse de l’appelant exige d’intégrer à l’art. 5 les mots soulignés suivants :

[Les nouvelles dispositions] édicté[e]s par l’art. 3 de la présente loi, ne s’appliquent qu’à l’égard des personnes inculpées d’une infraction commise après [l’]entrée en vigueur [de ces dispositions]. [par. 19]

Il faut présumer que le législateur sait distinguer entre le moment où l’infraction a lieu et celui où la personne est inculpée de l’infraction. L’ajout des mots soulignés modifierait l’intention du législateur quant à l’applicabilité de la *Loi sur l’adéquation de la peine et du crime*. L’interprétation de celle-ci en première instance prend donc appui sur les termes clairs de la disposition. [par. 20]

L’une des raisons d’être manifestes de la *Loi sur l’adéquation de la peine et du crime* est de réduire le nombre de jours accordés aux délinquants pour compenser la détention présentencielle. Le moment déclencheur pour le calcul de la durée de cette détention correspond au jour où la personne est inculpée et placée sous garde jusqu’à l’audition de sa demande de mise en liberté sous caution. Le jour où la personne commet l’infraction n’importe pas aux fins de cette raison d’être de la *Loi*. . . [Texte entre crochets dans l’original; par. 22.]

[18] Mr. Clarke was charged after the *Act* came into force. He was therefore subject to the credit limits for pre-sentence custody in accordance with s. 5.

[19] The appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Lockyer Campbell Posner, Toronto.*

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

[18] M. Clarke a été inculpé après l'entrée en vigueur de la *Loi*. Il était donc assujéti aux limites apportées au crédit pour détention présentencielle conformément à l'art. 5.

[19] Le pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appellant : Lockyer Campbell Posner, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

**Peracomo Inc.,  
Réal Vallée, the owners and all other  
persons having an interest in the fishing  
vessel “Realice” and the fishing  
vessel “Realice”** *Appellants*

v.

**TELUS Communications Company,  
Hydro-Québec, Bell Canada  
and Royal & Sun Alliance Insurance  
Company of Canada** *Respondents*

**INDEXED AS: PERACOMO INC. v. TELUS  
COMMUNICATIONS CO.**

**2014 SCC 29**

File No.: 34991.

2013: November 15; 2014: April 23.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Maritime law — Liability in tort — Limitation of liability — Conduct barring limitation — Standard of fault — Fisherman intentionally cutting submarine fiber-optic cable he believed to be abandoned, resulting in almost \$1 million in damage — Whether appellants’ right to limit their liability pursuant to Convention is barred — Whether fisherman acted with intent to cause such loss or recklessly and with knowledge that such loss would probably result — Convention on limitation of liability for maritime claims, 1976, 1456 U.N.T.S. 221, art. 4.*

*Maritime law — Marine insurance — Exclusion of coverage — Standard of fault — Wilful misconduct — Whether standards of fault under Marine Insurance Act and Convention are same — Whether loss caused by fisherman’s wilful misconduct such that it is excluded from coverage — Marine Insurance Act, S.C. 1993, c. 22, s. 53(2).*

**Peracomo Inc.,  
Réal Vallée, les propriétaires et toutes  
les autres personnes ayant un droit sur le  
navire de pêche « Realice » et le navire de  
pêche « Realice »** *Appellants*

c.

**Société TELUS Communications,  
Hydro-Québec, Bell Canada  
et Royal & Sun Alliance du Canada,  
société d’assurances** *Intimées*

**RÉPERTORIÉ : PERACOMO INC. c. SOCIÉTÉ TELUS  
COMMUNICATIONS**

**2014 CSC 29**

N° du greffe : 34991.

2013 : 15 novembre; 2014 : 23 avril.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE**

*Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Limitation de la responsabilité — Conduite supprimant la limitation — Norme de faute — Dommage évalué à presque un million de dollars causé par un pêcheur qui a sectionné intentionnellement un câble sous-marin à fibres optiques qu’il croyait abandonné — Y a-t-il suppression du droit que la Convention confère aux appelants de voir leur responsabilité limitée? — Le pêcheur avait-il l’intention de causer le dommage ou a-t-il agi témérement et avec conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement? — Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes, 1456 R.T.N.U. 221, art. 4.*

*Droit maritime — Assurance maritime — Exclusion de la garantie — Norme de faute — Inconduite délibérée — La norme de faute applicable est-elle la même aux fins de la Loi sur l’assurance maritime et de la Convention? — Y a-t-il eu inconduite délibérée de la part du pêcheur de sorte que l’indemnisation du dommage soit exclue aux fins de la garantie? — Loi sur l’assurance maritime, L.C. 1993, ch. 22, art. 53(2).*

V, a crab fisherman and sole shareholder of P, was fishing in the St. Lawrence River when one of his anchors snagged a cable lying on the river bottom. He adverted to the risk that the cable could be in use but formed the belief that it was not. This belief was based on a handwritten note on some sort of map that he had seen for a few seconds the year before on a museum wall. V made no further inquiries to confirm or dispel his belief and proceeded to cut the cable. The cable was, in fact, a live fiber-optic cable co-owned by or used by a number of the respondents. The result was almost \$1 million in damage.

In the Federal Court, V, his company and its vessel were found to be jointly and severally liable for the damage. The trial judge held that because V had cut the cable on purpose, the appellants were not entitled to limit their liability to \$500,000 pursuant to the *Convention on limitation of liability for maritime claims, 1976* because the damages cap on maritime liability imposed by that Convention does not apply where a loss has been caused by a person's intentional and reckless conduct. Further, the appellants' insurance policy was found to be inapplicable because cutting the cable constituted "wilful misconduct", a statutory exclusion from marine liability insurance set out at s. 53(2) of the *Marine Insurance Act*. An appeal to the Federal Court of Appeal was unsuccessful.

*Held* (Wagner J. dissenting in part): The appeal should be allowed in part.

*Per* McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Karakatsanis JJ.: The limit on liability under the *Convention* applies and the appellants' liability is capped at \$500,000, but the loss is excluded from their insurance coverage. V may be held personally liable for the damage.

While the exclusions set out in the *Convention* and the *Marine Insurance Act* are related, there are important differences between them, both in purpose and text, which drive the result in this case. The *Convention* imposes a higher standard of fault than does the insurance exclusion. In order to bar the benefit of the *Convention's* limitation on maritime liability, it must be proven that the loss resulted from an act or omission committed either with the intent to cause such loss or recklessly and with knowledge that such loss would probably occur. For its part, the *Marine Insurance Act*, excludes marine insurance coverage for losses resulting from "wilful misconduct", a standard of fault which includes not only

Pêcheur de crabe et unique actionnaire de P, V pêchait dans le Saint-Laurent lorsque l'une de ses ancres s'est accrochée dans un câble reposant sur le lit du fleuve. Il a considéré l'éventualité que le câble soit en service, mais il est arrivé à croire qu'il ne l'était pas. Sa croyance avait pour fondement une mention manuscrite sur une sorte de carte qu'il avait consultée brièvement l'année précédente au mur d'un musée. Il n'a pris aucune mesure pour confirmer ou écarter sa croyance, et il a entrepris de sectionner le câble. Or, le câble à fibres optiques était opérationnel; il faisait l'objet d'un droit de copropriété ou d'un droit d'utilisation détenus par certaines des intimées. Le dommage causé a atteint près de un million de dollars.

La Cour fédérale a déclaré V, sa société et son navire solidairement responsables du dommage. Le juge de première instance a estimé que, V ayant sectionné le câble délibérément, les appelants n'avaient pas droit à la limitation de leur responsabilité à 500 000 \$ suivant la *Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes* puisque ce plafond ne vaut pas lorsque le dommage est imputable à l'acte intentionnel et téméraire d'une personne. En outre, la police d'assurance des appelants a été jugée inapplicable du fait que le sectionnement du câble constituait une « inconduite délibérée » qui emportait l'exclusion de la garantie par application du par. 53(2) de la *Loi sur l'assurance maritime*. L'appel interjeté en Cour d'appel fédérale a été rejeté.

*Arrêt* (le juge Wagner est dissident en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Karakatsanis : La limitation de la responsabilité que prévoit la *Convention* s'applique, de sorte que la responsabilité des appelants est plafonnée à 500 000 \$, mais l'indemnisation du dommage est exclue aux fins de leur garantie d'assurance. V peut être tenu personnellement responsable du dommage.

Bien que les exclusions que prévoient la *Convention* et la *Loi sur l'assurance maritime* soient liées, d'importantes distinctions existent entre elles sur le plan tant de l'objet que du libellé, ce qui emporte notre décision en l'espèce. La *Convention* établit une norme de faute plus stricte que ne le fait la disposition qui exclut l'application de la garantie d'assurance. Pour supprimer la limitation de la responsabilité que prévoit la *Convention* en matière maritime, il faut prouver que le dommage résulte d'un acte ou d'une omission commis avec l'intention de provoquer un tel dommage ou commis témérairement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement. Pour sa part, la *Loi sur l'assurance*

intentional wrongdoing but also conduct exhibiting reckless indifference in the face of a duty to know.

It is insufficient to break the limit on liability under art. 4 of the *Convention* that V intended to cut the cable. Rather, in order to break that limit, it must be proven that he intended to cause the loss that actually resulted or that he acted recklessly and with knowledge that the loss would probably occur. The trial judge found that V thought the cable was useless. In cutting the cable, he did not intend to cause the loss incurred by the respondents or know that it was a probable consequence of his actions. It was therefore an error of law for the lower courts to conclude that V intended to cause a loss, or was reckless knowing that such loss would probably occur, within the meaning of art. 4 of the *Convention*.

Although V's conduct does not meet the very high level of fault so that he loses the benefit of the *Convention*'s limit on liability, it does constitute wilful misconduct for insurance purposes. V had a duty to be aware of the cable and he failed miserably in that regard. His acts were so far outside the range of conduct to be expected of him in the circumstances as to constitute misconduct. The trial judge's findings make clear that his misconduct was wilful. For insurance purposes, the fact that V believed that the cable was not in use is beside the point. V knew that what he was cutting was a submarine cable. He adverted to the risk that it could be in use but failed to make further inquiries in order to confirm or dispel his belief that the cable was abandoned and useless. His conduct exhibited a reckless indifference to the possible consequences of his actions of which he was actually aware. He thus committed an act of wilful misconduct: he ran an unreasonable risk with subjective knowledge of that risk and indifference as to the consequences.

*Per Wagner J. (dissenting in part):* The appellants can both limit their liability and benefit from coverage under their insurance policy.

*maritime* exclut l'indemnisation du dommage imputable à l'« conduite délibérée » de sorte que, suivant la norme de faute applicable, cette conduite s'entend non seulement d'un acte fautif intentionnel, mais également d'une conduite qui témoigne d'une insouciance téméraire au vu d'une obligation de connaissance.

Il ne suffit pas, pour que la limitation de la responsabilité soit supprimée en application de l'art. 4 de la *Convention*, que V ait eu l'intention de sectionner le câble. Il faut aussi prouver qu'il a voulu causer le dommage qui en a effectivement résulté ou qu'il a agi témérairement et avec conscience que le dommage en résulterait probablement. Selon le juge de première instance, V croyait le câble inutile. Lorsque V l'a sectionné, il n'avait ni l'intention de provoquer le dommage subi par les intimées, ni conscience que telles seraient probablement les conséquences de ses actes. Les tribunaux inférieurs ont donc commis l'erreur de droit de conclure que V avait voulu provoquer un dommage ou qu'il avait agi témérairement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement, pour les besoins de l'art. 4 de la *Convention*.

Les actes de V ne satisfont pas à la norme très stricte établie pour qu'il y ait perte du bénéfice de la limitation de la responsabilité prévue par la *Convention*, mais ils constituent une conduite délibérée pour les besoins de la garantie d'assurance. Il incombait à V de connaître l'existence du câble, obligation à laquelle il a lamentablement manqué. Ses actes se sont à ce point éloignés de la gamme des conduites auxquelles on pouvait s'attendre de lui dans la situation considérée qu'on peut les assimiler à une conduite. Les conclusions du juge de première instance montrent clairement que l'inconduite était délibérée. Aux fins de l'assurance, le fait que V a cru que le câble n'était pas en service est dénué de pertinence. V savait que ce qu'il sectionnait était un câble sous-marin. Il a considéré l'éventualité que le câble puisse être en service, mais il n'a pris aucune mesure pour confirmer ou écarter sa croyance selon laquelle le câble était abandonné et inutile. Il a manifesté une insouciance téméraire vis-à-vis des conséquences possibles de ses actes dont il était pourtant bel et bien conscient. Il y a donc eu inconduite délibérée de sa part : il a couru un risque déraisonnable dont il avait subjectivement conscience et il a fait preuve d'insouciance quant aux conséquences.

*Le juge Wagner (dissident en partie) :* Les appelants peuvent à la fois limiter leur responsabilité et bénéficier de la protection de leur police d'assurance.

Even though the provisions do not have the exact same wording, the provision of the *Marine Insurance Act* at issue must be read harmoniously with the *Convention's* provisions. Both of them require proof of the same fact: that the insured had knowledge of the harmful consequences of his or her act, and intended or was reckless with regard to those consequences. Section 53(2) of the *Marine Insurance Act*, like art. 4 of the *Convention*, establishes a subjective criterion: an act cannot be characterized as wilful misconduct unless it is proven that the insured intended the result of his or her act or was reckless in that regard.

“Wilful misconduct” requires either a deliberate act intended to cause the harm, or such blind and uncaring conduct that one could say that the person was heedless of the consequences. Conduct exhibiting reckless indifference in the face of a duty to know cannot be characterized as wilful misconduct unless it is proven that at the time of the wrongful act, the person who committed it had subjective knowledge of the loss that would result. Proving conduct exhibiting reckless indifference in the face of a duty to know is but the first step, as it must then be proven that this misconduct was wilful. If after considering the possible consequences of an act, an insured sincerely, although erroneously, believes that the act will cause no loss, his or her misconduct cannot be characterized as *wilful*.

The fact that a reasonable person ought to have known, or that a person had a duty to know, does not suffice to justify a finding that an act has the characteristics of wilful misconduct: it is also necessary to establish that the person intended to cause the loss, and to prove gross negligence or misconduct in which there is a very marked departure from the conduct of a reasonable person.

This definition clearly does not apply to V's conduct. He sincerely believed the cable was not in use. Nothing in the record supports a finding that V actually knew or had any suspicion that the cable was in use. Nor is there any support in the record for a conclusion that V had knowledge of the loss that would result, let alone that he intended to cause such a loss. This shielded him from being deprived of coverage under his liability insurance policy while at the same time enabling him to limit his liability.

Bien que la formulation des dispositions ne soit pas identique, il est nécessaire d'interpréter la disposition de la *Loi sur l'assurance maritime* en cause en harmonie avec les dispositions de la *Convention*. L'une et l'autre requièrent la preuve d'un même élément : l'assuré devait connaître les conséquences dommageables de son geste et les avoir voulues ou ne pas s'être soucié qu'elles se produisent. Or, le par. 53(2) de la *Loi sur l'assurance maritime*, tout comme l'art. 4 de la *Convention*, adopte un critère subjectif : un acte ne peut être qualifié d'inconduite délibérée en l'absence de preuve que l'assuré désirait le résultat de son geste ou ne se souciait pas qu'il se réalise.

« L'inconduite délibérée » exige soit un acte intentionnel ayant visé à causer le préjudice, soit la conduite d'une personne qui a tellement fermé les yeux ou s'est si peu souciée des autres qu'elle n'était pas attentive à ce qui pouvait en découler. Une conduite qui témoigne d'une insouciance téméraire au vu d'une obligation de connaissance ne sera assimilée à une inconduite délibérée que s'il est établi en preuve que, au moment où l'acte fautif a été accompli, son auteur avait subjectivement connaissance des dommages qui en découleraient. La preuve d'une conduite témoignant d'une insouciance téméraire en dépit d'une obligation de connaissance n'est que la première étape. Il faut ensuite prouver que cette inconduite était délibérée. Si après avoir apprécié les conséquences possibles de son acte, l'assuré croit de façon sincère, mais erronée, que son geste n'entraînera aucun préjudice, son inconduite ne peut alors être qualifiée de *délibérée*.

Le fait qu'une personne raisonnable aurait dû savoir, ou qu'une personne avait le devoir de savoir, n'est pas suffisant pour autoriser la conclusion qu'un acte présente les attributs d'une inconduite délibérée : il faut également établir que la personne voulait les dommages et faire la preuve d'une négligence grossière ou d'une inconduite qui présente un écart très marqué par rapport au comportement d'une personne raisonnable.

À l'évidence, la conduite de V ne répond pas à cette définition. Celui-ci croyait sincèrement que le câble n'était pas en usage. Rien dans le dossier ne permet de conclure que V savait effectivement que le câble était utilisé ou qu'il avait quelque soupçon à cet égard. En outre, rien au dossier ne permet d'imputer à V la connaissance de la réalisation des dommages et encore moins son intention de causer de tels dommages. Partant, cette situation le mettait à l'abri d'une dénégaration de couverture par son assureur responsabilité, tout en lui permettant aussi de limiter sa responsabilité.



## Cases Cited

By Cromwell J.

**Referred to:** *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *ADGA Systems International Ltd. v. Valcom Ltd.* (1999), 43 O.R. (3d) 101, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xv; *Nugent v. Michael Goss Aviation Ltd.*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 222; *Margolle v. Delta Maritime Co. (The "Saint Jacques II" and "Gudermes")*, [2002] EWHC 2452, [2003] 1 Lloyd's Rep. 203; *Schiffahrtsgesellschaft MS "Mercur Sky" m.b.H. & Co. K.G. v. MS Leerort Nth Schiffahrts G.m.b.H. & Co. K.G. (The "Leerort")*, [2001] EWCA Civ 1055, [2001] 2 Lloyd's Rep. 291; *The "Bowbelle"*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 532; *Daina Shipping Co. v. Te Runanga O Ngati Awa*, [2013] NZHC 500, [2013] 2 N.Z.L.R. 799; *MSC Mediterranean Shipping Co. S.A. v. Delumar BVBA (The "MSC Rosa M")*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 399; *Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, 2002 SCC 21, [2002] 1 S.C.R. 719; *McCulloch v. Murray*, [1942] S.C.R. 141; *Studer v. Cowper*, [1951] S.C.R. 450; *Thompson v. Fraser*, [1955] S.C.R. 419; *Walker v. Coates*, [1968] S.C.R. 599; *Markling v. Ewaniuk*, [1968] S.C.R. 776; *Goulais v. Restoule*, [1975] 1 S.C.R. 365; *R. v. Boulanger*, 2006 SCC 32, [2006] 2 S.C.R. 49; *Attorney General's Reference (No. 3 of 2003)*, [2004] EWCA Crim 868, [2005] Q.B. 73; *Lewis v. Great Western Railway Co.* (1877), 3 Q.B.D. 195; *Thomas Cook Group Ltd. v. Air Malta Co.*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 399.

By Wagner J. (dissenting in part)

*McCulloch v. Murray*, [1942] S.C.R. 141; *Studer v. Cowper*, [1951] S.C.R. 450; *Russell v. Canadian General Insurance Co.* (1999), 11 C.C.L.I. (3d) 284; *Avgeropoulos v. Karanasos* (1969), 6 D.L.R. (3d) 34; *Lewis v. Great Western Railway Co.* (1877), 3 Q.B.D. 195; *Thomas Cook Group Ltd. v. Air Malta Co.*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 399; *Forder v. Great Western Railway Co.*, [1905] 2 K.B. 532; *Horabin v. British Overseas Airways Corp.*, [1952] 2 Lloyd's Rep. 450; *Kenyon Son v. Baxter, Hoare & Co.*, [1971] 1 Lloyd's Rep. 232; *Compania Maritima San Basilio S.A. v. The Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd. (The "Eurysthenes")*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 171; *Rustenburt Platinum Mines Ltd. v. South African Airways*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 564; *Sidney G. Jones Ltd. v. Martin Bencher Ltd.*, [1986] 1 Lloyd's Rep. 54; *National Oilwell (UK) Ltd. v. Davy Offshore Ltd.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 582; *National Semiconductors (UK) Ltd. v. UPS Ltd.*, [1996] 2 Lloyd's Rep. 212; *Laceys Footwear (Wholesale) Ltd. v. Bowler*

## Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

**Arrêts mentionnés :** *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *ADGA Systems International Ltd. c. Valcom Ltd.* (1999), 43 O.R. (3d) 101, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xv; *Nugent c. Michael Goss Aviation Ltd.*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 222; *Margolle c. Delta Maritime Co. (The « Saint Jacques II » and « Gudermes »)*, [2002] EWHC 2452, [2003] 1 Lloyd's Rep. 203; *Schiffahrtsgesellschaft MS « Mercur Sky » m.b.H. & Co. K.G. c. MS Leerort Nth Schiffahrts G.m.b.H. & Co. K.G. (The « Leerort »)*, [2001] EWCA Civ 1055, [2001] 2 Lloyd's Rep. 291; *The « Bowbelle »*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 532; *Daina Shipping Co. c. Te Runanga O Ngati Awa*, [2013] NZHC 500, [2013] 2 N.Z.L.R. 799; *MSC Mediterranean Shipping Co. S.A. c. Delumar BVBA (The « MSC Rosa M »)*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 399; *Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, 2002 CSC 21, [2002] 1 R.C.S. 719; *McCulloch c. Murray*, [1942] R.C.S. 141; *Studer c. Cowper*, [1951] R.C.S. 450; *Thompson c. Fraser*, [1955] R.C.S. 419; *Walker c. Coates*, [1968] R.C.S. 599; *Markling c. Ewaniuk*, [1968] R.C.S. 776; *Goulais c. Restoule*, [1975] 1 R.C.S. 365; *R. c. Boulanger*, 2006 CSC 32, [2006] 2 R.C.S. 49; *Attorney General's Reference (No. 3 of 2003)*, [2004] EWCA Crim 868, [2005] Q.B. 73; *Lewis c. Great Western Railway Co.* (1877), 3 Q.B.D. 195; *Thomas Cook Group Ltd. c. Air Malta Co.*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 399.

Citée par le juge Wagner (dissident en partie)

*McCulloch c. Murray*, [1942] R.C.S. 141; *Studer c. Cowper*, [1951] R.C.S. 450; *Russell c. Canadian General Insurance Co.* (1999), 11 C.C.L.I. (3d) 284; *Avgeropoulos c. Karanasos* (1969), 6 D.L.R. (3d) 34; *Lewis c. Great Western Railway Co.* (1877), 3 Q.B.D. 195; *Thomas Cook Group Ltd. c. Air Malta Co.*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 399; *Forder c. Great Western Railway Co.*, [1905] 2 K.B. 532; *Horabin c. British Overseas Airways Corp.*, [1952] 2 Lloyd's Rep. 450; *Kenyon Son c. Baxter, Hoare & Co.*, [1971] 1 Lloyd's Rep. 232; *Compania Maritima San Basilio S.A. c. The Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd. (The « Eurysthenes »)*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 171; *Rustenburt Platinum Mines Ltd. c. South African Airways*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 564; *Sidney G. Jones Ltd. c. Martin Bencher Ltd.*, [1986] 1 Lloyd's Rep. 54; *National Oilwell (UK) Ltd. c. Davy Offshore Ltd.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 582; *National Semiconductors (UK) Ltd. c. UPS Ltd.*, [1996] 2 Lloyd's Rep. 212; *Laceys Footwear (Wholesale) Ltd. c. Bowler*

*International Freight Ltd.*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 369; *Symons General Insurance Co. v. Sabau Construction Inc.*, [1986] R.J.Q. 2823; *Aetna Casualty and Surety Co. v. Groupe Estrie, mutuelle d'assurance contre l'incendie*, [1990] R.J.Q. 1792; *Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 283; *Audet v. Transamerica Life Canada*, 2012 QCCA 1746 (CanLII); *Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 309.

### Statutes and Regulations Cited

*Carriage by Air Act, 1961* (U.K.), 9 & 10 Eliz. 2, c. 27.  
*Charts and Nautical Publications Regulations, 1995*, SOR/95-149.  
*Civil Code of Lower Canada*, arts. 2383, 2385, 2563, 2663, 2693.  
*Civil Code of Québec*, arts. 1461, 1471, 1474, 1613, 1706, 2301, 2464, 2576.  
*Marine Insurance Act*, S.C. 1993, c. 22, s. 53.  
*Marine Insurance Act, 1906* (U.K.), 6 Edw. 7, c. 41, s. 55(2)(a).  
*Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, ss. 26, 28 [am. 2009, c. 21, s. 3], 29.  
*Motor Vehicle Act*, S.N.S. 1932, c. 6, s. 183.

### Treaties and Other International Instruments

*Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air*, 137 L.N.T.S. 11 [Warsaw Convention], art. 25.  
*Convention on limitation of liability for maritime claims, 1976*, 1456 U.N.T.S. 221, arts. 1, 2, 4.  
*Protocol to amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air*, 478 U.N.T.S. 371 [Hague Protocol].  
*Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, art. 32.

### Authors Cited

Arnould's *Law of Marine Insurance and Average*, 17th ed. by Jonathan Gilman et al. London: Sweet & Maxwell, 2008.  
 Belleau, Claude. "L'harmonisation du droit civil et de la common law en droit des assurances au Québec" (1991), 32 *C. de D.* 971.  
 Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1. Toronto: Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2013, release 7).  
 Cane, Peter. "Mens Rea in Tort Law" (2000), 20 *Oxford J. Legal Stud.* 533.

*International Freight Ltd.*, [1997] 2 Lloyd's Rep. 369; *Symons General Insurance Co. c. Sabau Construction Inc.*, [1986] R.J.Q. 2823; *Aetna Casualty and Surety Co. c. Groupe Estrie, mutuelle d'assurance contre l'incendie*, [1990] R.J.Q. 1792; *Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283; *Audet c. Transamerica Life Canada*, 2012 QCCA 1746, [2012] R.J.Q. 1844; *Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 309.

### Lois et règlements cités

*Carriage by Air Act, 1961* (R.-U.), 9 & 10 Eliz. 2, ch. 27.  
*Code civil du Bas Canada*, art. 2383, 2385, 2563, 2663, 2693.  
*Code civil du Québec*, art. 1461, 1471, 1474, 1613, 1706, 2301, 2464, 2576.  
*Loi sur l'assurance maritime*, L.C. 1993, ch. 22, art. 53.  
*Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6, art. 26, 28 [mod. 2009, ch. 21, art. 3], 29.  
*Marine Insurance Act, 1906* (R.-U.), 6 Edw. 7, ch. 41, art. 55(2)(a).  
*Motor Vehicle Act*, S.N.S. 1932, ch. 6, art. 183.  
*Règlement sur les cartes marines et les publications nautiques (1995)*, DORS/95-149.

### Traités et autres instruments internationaux

*Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes*, 1456 R.T.N.U. 221, art. 1, 2, 4.  
*Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 32.  
*Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, 137 R.T.S.N. 11 [Convention de Varsovie], art. 25.  
*Protocole portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, 478 R.T.N.U. 371 [Protocole de La Haye].

### Doctrine et autres documents cités

Arnould's *Law of Marine Insurance and Average*, 17th ed. by Jonathan Gilman et al. London: Sweet & Maxwell, 2008.  
 Belleau, Claude. « L'harmonisation du droit civil et de la common law en droit des assurances au Québec » (1991), 32 *C. de D.* 971.  
 Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1. Toronto: Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2013, release 7).  
 Cane, Peter. « Mens Rea in Tort Law » (2000), 20 *Oxford J. Legal Stud.* 533.

- Comité Maritime International. *The Travaux Préparatoires of the LLMC Convention, 1976 and of the Protocol of 1996*. Antwerp, Belgium: CMI, 2000.
- Damar, Duygu. *Wilful Misconduct in International Transport Law*. Heidelberg, Germany: Springer, 2011.
- Gold, Edgar, Aldo Chircop and Hugh Kindred. *Maritime Law*. Toronto: Irwin Law, 2003.
- Griggs, Patrick, Richard Williams and Jeremy Farr. *Limitation of Liability for Maritime Claims*, 4th ed. London: LLP, 2005.
- Grime, R. P. "Implementation of the 1976 limitation convention" (1988), 12 *Marine Pol'y* 306.
- Heerey, Peter. "Limitation of Maritime Claims" (1994), 10 *MLAAZ Journal* 1.
- Hodges, Susan, and Christopher Hill. *Principles of Maritime Law*. London: LLP, 2001.
- Le Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd. Paris: Le Robert, 2012, "délibéré".
- Lluelles, Didier. *Précis des assurances terrestres*, 5<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Mandaraka-Sheppard, Aleka. *Modern Maritime Law and Risk Management*, 2nd ed. London: Routledge-Cavendish, 2007.
- Ogg, Terry. "IMO's International Safety Management Code (The ISM Code)" (1996), 1 *I.J.O.S.L.* 143.
- Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, "wilful".
- Wilson, John F. *Carriage of Goods by Sea*, 7th ed. Harlow, England: Longman, 2010.
- Comité Maritime International. *The Travaux Préparatoires of the LLMC Convention, 1976 and of the Protocol of 1996*. Antwerp, Belgium : CMI, 2000.
- Damar, Duygu. *Wilful Misconduct in International Transport Law*. Heidelberg, Germany : Springer, 2011.
- Gold, Edgar, Aldo Chircop and Hugh Kindred. *Maritime Law*. Toronto : Irwin Law, 2003.
- Griggs, Patrick, Richard Williams and Jeremy Farr. *Limitation of Liability for Maritime Claims*, 4th ed. London : LLP, 2005.
- Grime, R. P. « Implementation of the 1976 limitation convention » (1988), 12 *Marine Pol'y* 306.
- Heerey, Peter. « Limitation of Maritime Claims » (1994), 10 *MLAAZ Journal* 1.
- Hodges, Susan, and Christopher Hill. *Principles of Maritime Law*. London : LLP, 2001.
- Le Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd. Paris : Le Robert, 2012, « délibéré ».
- Lluelles, Didier. *Précis des assurances terrestres*, 5<sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Mandaraka-Sheppard, Aleka. *Modern Maritime Law and Risk Management*, 2nd ed. London : Routledge-Cavendish, 2007.
- Ogg, Terry. « IMO's International Safety Management Code (The ISM Code) » (1996), 1 *I.J.O.S.L.* 143.
- Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 5th ed. Oxford : Oxford University Press, 2002, « wilful ».
- Wilson, John F. *Carriage of Goods by Sea*, 7th ed. Harlow, England : Longman, 2010.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Gauthier and Trudel JJ.A.), 2012 FCA 199, 433 N.R. 152, [2012] F.C.J. No. 855 (QL), 2012 CarswellNat 2191, affirming a decision of Harrington J., 2011 FC 494, 389 F.T.R. 196, [2011] F.C.J. No. 602 (QL), 2011 CarswellNat 1226. Appeal allowed in part, Wagner J. dissenting in part.

*Nicholas J. Spillane and Victoria Leonidova*, for the appellants.

*Jean Grégoire, John O'Connor and Michel Jolin*, for the respondents the TELUS Communications Company, Hydro-Québec and Bell Canada.

*Jean-François Bilodeau and Nick Krnjevic*, for the respondent the Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Gauthier et Trudel), 2012 CAF 199, 433 N.R. 152, [2012] F.C.J. No. 855 (QL), 2012 CarswellNat 2192, qui a confirmé une décision du juge Harrington, 2011 CF 494, 389 F.T.R. 196, [2011] A.C.F. n° 602 (QL), 2011 CarswellNat 1227. Pourvoi accueilli en partie, le juge Wagner est dissident en partie.

*Nicholas J. Spillane et Victoria Leonidova*, pour les appelants.

*Jean Grégoire, John O'Connor et Michel Jolin*, pour les intimées la Société TELUS Communications, Hydro-Québec et Bell Canada.

*Jean-François Bilodeau et Nick Krnjevic*, pour l'intimée la Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances.

The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Karakatsanis JJ. was delivered by

CROMWELL J. —

### I. Introduction

[1] The appellant, Réal Vallée, fishes for crab in an area of the St. Lawrence River known as Zone 17, near Baie-Comeau, Quebec. He had been fishing for about 50 years, starting when he was just 15. In 2005 and 2006, he operated the fishing boat *Realice* which he owns through his company, Peracomo Inc.

[2] While in his boat, he took an electric saw and cut a fibre-optic submarine cable that he raised to the surface after it had become entangled with his fishing gear. Mr. Vallée knew he was cutting a cable and had adverted to the risk that it could be in use. However, he formed the belief that it was not. His belief was based on a handwritten note on some sort of map that he had seen for a few seconds the year before on a museum wall. This belief was wrong. The cable was live. The result was almost \$1 million in damage. As the trial judge put it, Mr. Vallée is a good man who did a very stupid thing.

[3] Mr. Vallée, his company and the vessel were sued successfully for the damage in the Federal Court and their appeal to the Federal Court of Appeal was dismissed. On further appeal to this Court, the main issues are whether their liability is limited to \$500,000 by virtue of both the *Convention on limitation of liability for maritime claims, 1976*, 1456 U.N.T.S. 221 (“*Convention*”), and s. 29 of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, and whether the loss is covered by their insurance. In addition, Mr. Vallée contends that he is not personally liable for the loss.

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

LE JUGE CROMWELL —

### I. Introduction

[1] L’appelant, Réal Vallée, pêche le crabe dans un secteur du fleuve Saint-Laurent qui correspond à la zone 17 et qui est situé près de Baie-Comeau, au Québec. Il pratique la pêche depuis une cinquantaine d’années, soit depuis l’âge de 15 ans. En 2005 et 2006, il exploitait le bateau de pêche *Realice* dont il est propriétaire par l’entremise de sa société, Peracomo Inc.

[2] Un jour, alors qu’il naviguait à bord de son bateau, M. Vallée a hissé à la surface un câble à fibres optiques sous-marin dans lequel s’étaient pris ses engins de pêche et il l’a sectionné à l’aide d’une scie électrique. Il savait qu’il sectionnait un câble et il a pris en considération l’éventualité que ce dernier puisse être en service. Toutefois, il est arrivé à croire qu’il ne l’était pas sur la foi d’une mention manuscrite sur une sorte de carte qu’il avait consultée brièvement l’année précédente au mur d’un musée. Sa croyance était infondée. Le câble était opérationnel. Les dommages causés ont atteint près d’un million de dollars. Pour reprendre les mots employés par le juge de première instance, M. Vallée est un homme bon qui a fait quelque chose de très stupide.

[3] L’action en dommages-intérêts intentée contre M. Vallée, sa société et le navire a été accueillie par la Cour fédérale. L’appel interjeté en Cour d’appel fédérale a été rejeté. Dans le cadre du présent pourvoi, les principales questions en litige sont celles de savoir si la *Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes*, 1456 R.T.N.U. 221 (« *Convention* »), et l’art. 29 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6, limitent tous deux la responsabilité des appelants à 500 000 \$ et si le dommage est visé par leur garantie d’assurance. M. Vallée soutient par ailleurs ne pas être personnellement responsable du dommage.

[4] Both the limitation of liability and the insurance issues turn on Mr. Vallée's degree of fault. He is not entitled to the limited liability if the loss resulted from his act "committed with the intent to cause such loss, or recklessly and with knowledge that such loss would probably result" (art. 4); furthermore, the loss is excluded from his insurance coverage if it is attributable to his "wilful misconduct". We must decide whether the federal courts erred in finding that both of these exclusions apply to Mr. Vallée's conduct.

[5] In my view, the limit on liability under the *Convention* applies, but the loss is excluded from the insurance coverage. While the two exclusions are related, there are important differences between them, both in purpose and text, which drive the result in this case. The *Convention*, as we shall see, imposes a higher standard of fault than does the insurance exclusion. Mr. Vallée's conduct does not meet the very high level of fault so that he loses the benefit of the *Convention*'s limit on liability, but it does constitute wilful misconduct for insurance purposes.

[6] I conclude that Mr. Vallée is personally liable for the damage, the appellants are entitled to the limitation on liability under the *Convention*, but the loss is excluded from their insurance coverage.

## II. Facts and Proceedings

[7] In 2005, Mr. Vallée was fishing for crab when one of his anchors snagged an obstacle on the river bottom. The anchor was raised using a winch and the snagged object was found to be a cable. It was in fact a cable known as the Sunoque I, co-owned by the respondents TELUS Communications Company ("Telus") and Hydro-Québec and which Bell Canada has the right to use.

[4] L'application de la limitation de la responsabilité et de la garantie d'assurance tient au degré de faute de M. Vallée. Ce dernier ne peut voir sa responsabilité limitée si le dommage « résulte de son fait ou de son omission personnels, [s'il a été] commis avec l'intention de provoquer un tel dommage, ou [s'il a été] commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement » (art. 4). En outre, l'indemnisation du dommage est exclue aux fins de la garantie d'assurance s'il est imputable à l'« conduite délibérée » de l'assuré. Il nous faut décider si les cours fédérales ont eu tort de conclure que ces deux exclusions s'appliquent aux actes de M. Vallée.

[5] À mon avis, la limitation de la responsabilité que prévoit la *Convention* s'applique, mais l'indemnisation du dommage est exclue aux fins de la garantie d'assurance. Bien que les deux exclusions soient liées, d'importantes distinctions existent entre elles sur le plan tant de l'objet que du libellé, ce qui emporte notre décision en l'espèce. Nous verrons que, en matière de faute, la *Convention* établit une norme plus stricte que ne le fait la disposition qui exclut la garantie d'assurance. Les actes fautifs de M. Vallée ne satisfont pas à la norme très stricte établie pour qu'il y ait exclusion de la limitation de la responsabilité prévue par la *Convention*, mais ils constituent une « conduite délibérée » pour les besoins de la garantie d'assurance.

[6] Je conclus que M. Vallée est personnellement responsable du dommage, que les appelants ont droit à la limitation de leur responsabilité sur le fondement de la *Convention*, mais que l'indemnisation du dommage est exclue aux fins de la garantie d'assurance.

## II. Faits et genèse de l'instance

[7] En 2005, alors que M. Vallée pêchait le crabe, l'une de ses ancrs a rencontré un obstacle sur le lit du fleuve. Après avoir remonté l'ancre à l'aide d'un treuil, il a constaté que l'obstacle en question était un câble. Il s'agissait en fait du Sunoque I, un câble appartenant aux intimées Société TELUS Communications (« Telus ») et Hydro-Québec et que Bell Canada avait le droit d'utiliser.

[8] Sometime after snagging the cable in 2005, Mr. Vallée got a brief look at a map or a chart in a local museum (a former church) which showed a line drawn running through the area in which he fished and which had [TRANSLATION] “abandoned” (“*abandonné*”) written on it by hand. He thought that this was the cable he had snagged. As the trial judge put it, “[w]ithout giving [the matter] a second thought, [Mr. Vallée] concluded that this was what he was hooking with his anchor. He only glanced at it for a matter of seconds and cannot recall whether it was a marine chart, a topographical chart, or indeed what type of map it was at all”: 2011 FC 494, 389 F.T.R. 196, at para. 40. The trial judge found as a fact that “[t]here is not, and there never was, such a marine chart”: para. 83.

[9] When Mr. Vallée snagged the cable again in 2006, he cut it with a circular electric saw and buoyed one end of the cable. A few days later, while fishing in the same area, his anchor got snagged on the cable once more. Mr. Vallée cut the cable a second time. Telus, Hydro-Québec and Bell Canada (“Telus respondents”) sued Mr. Vallée, his company and his vessel to recover the costs of repairing the cable.

[10] At trial, Harrington J. found the appellants liable in negligence for damaging the cable because Mr. Vallée had breached his common law duty of care and statutory duty to be aware of the submarine cables in the areas in which he fished: paras. 34 and 49. Mr. Vallée did not own or consult any of the maritime charts of Zone 17, as the trial judge held he was obliged to do under the *Charts and Nautical Publications Regulations, 1995*, SOR/95-149. The judge rejected the appellants’ argument that Telus was contributorily negligent in failing to bury the cable underground and in failing to provide mariners with adequate notice of its installation.

[11] Section 29 of the *Marine Liability Act* (then s. 28, amended by S.C. 2009, c. 21, s. 3) sets a damages cap of \$500,000 on maritime liability for

[8] Peu de temps après, dans un musée local — une ancienne église —, M. Vallée a jeté un coup d’œil à une carte sur laquelle une ligne traversait le fleuve dans sa zone de pêche avec la mention manuscrite « abandonné ». Il a pensé qu’il s’agissait du câble auquel son ancre s’était accrochée. Comme le dit le juge de première instance, « [s]ans y penser à deux fois, M. Vallée a conclu que c’était cela que son ancre avait précédemment accroché [sic]. Il n’a regardé [la carte] que quelques secondes et ne peut se rappeler s’il s’agissait d’une carte marine, d’une carte topographique, ni même en fait du type de carte » (2011 CF 494 (CanLII), par. 40). Le juge conclut que « [p]areille carte marine n’existe pas et n’a jamais existé » (par. 83).

[9] Lorsque, en 2006, son ancre s’est à nouveau accrochée au câble, M. Vallée a sectionné celui-ci au moyen d’une scie électrique circulaire et il a maintenu l’une de ses extrémités à flot. Quelques jours plus tard, tandis qu’il pêchait dans le même secteur, son ancre s’est à nouveau prise dans le câble, qu’il a sectionné une seconde fois. Telus, Hydro-Québec et Bell Canada (« intimées Telus ») ont poursuivi M. Vallée, sa société et son navire pour être indemnisées du coût de réparation.

[10] Au procès, le juge Harrington a déclaré les appelants coupables de négligence par suite de l’endommagement du câble. Il a estimé que M. Vallée avait manqué à son devoir de diligence en common law ainsi qu’à son obligation légale de se tenir au courant de la présence de câbles sous-marins dans les secteurs où il pêchait (par. 34 et 49). M. Vallée ne possédait aucune des cartes maritimes de la zone 17 qu’il était tenu d’avoir à bord et de consulter suivant le *Règlement sur les cartes marines et les publications nautiques (1995)*, DORS/95-149. Le juge a rejeté la prétention des appelants selon laquelle Telus s’était rendue coupable de négligence contributive en omettant d’enfouir le câble et de bien informer les navigateurs de sa présence.

[11] L’article 29 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* (qui correspondait alors à l’art. 28, modifié par L.C. 2009, ch. 21, art. 3)

property damage caused by ships of the size and class of the *Realice*. However, the trial judge held that because Mr. Vallée cut the cable on purpose this limit did not apply pursuant to art. 4 of the *Convention*, which provides that the cap is inapplicable where a loss resulted from a person's intentional or reckless conduct. Further, the appellants' lost the benefit of their insurance policy with the respondent, Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada ("Royal"), because cutting the cable fell within the statutory exclusion from marine liability insurance for "wilful misconduct" set out at s. 53(2) of the *Marine Insurance Act*, S.C. 1993, c. 22. The trial judge explained that "[r]ecklessness connotes a mental attitude or indifference to the existence of the risk" and found as a fact that while Mr. Vallée "believed the cable was not in use", he had been "reckless in the extreme": paras. 5 and 84-85.

[12] In the result, the trial judge found Mr. Vallée, Peracomo, and the *Realice* as an *in rem* defendant, jointly and severally liable for the \$892,395.32 it cost to repair the Sunoque I, in addition to \$88,038.22 for administrative charges, for a total amount of \$980,433.54.

[13] The Federal Court of Appeal dismissed the appellants' appeal, finding no error in the trial judge's evaluation of the evidence or in his legal analysis.

### III. Issues

[14] On their appeal to this Court, the appellants raise three main issues:

(1) Is Mr. Vallée personally liable for the loss?

In my view, he is.

(2) Are the appellants entitled to the limit on marine liability despite art. 4 of the *Convention*?

limite la responsabilité à 500 000 \$ en cas de dommage matériel causé par un navire de la taille du *Realice* et appartenant à la même catégorie. Le juge de première instance estime toutefois que, M. Vallée ayant sectionné le câble à dessein, la limitation ne vaut pas, car l'art. 4 de la *Convention* l'écarte en cas de dommage résultant d'un acte intentionnel ou téméraire. De plus, les appelants ont perdu le bénéfice de l'assurance contractée auprès de l'intimée Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances (« Royal ») puisque le sectionnement du câble emportait l'exclusion de la garantie d'assurance responsabilité maritime pour « inconduite délibérée » de l'assuré prévue au par. 53(2) de la *Loi sur l'assurance maritime*, L.C. 1993, ch. 22. Il explique que « [l']état d'esprit qui dénote la témérité peut être défini comme l'indifférence face à l'existence d'un risque » (par. 85) et il conclut que même si M. Vallée « croyait que le câble n'était pas en [service] » (par. 5), il « s'est montré téméraire au plus haut point » (par. 84).

[12] Le juge de première instance déclare donc M. Vallée, Peracomo et le *Realice*, en qualité de défendeur *in rem*, solidairement responsables du coût de la réparation du Sunoque I s'élevant à 892 395,32 \$, somme à laquelle s'ajoutent des frais d'administration de 88 038,22 \$, ce qui porte le total à 980 433,54 \$.

[13] La Cour d'appel fédérale rejette l'appel des appelants au motif que l'appréciation de la preuve et l'analyse juridique auxquelles se livre le juge de première instance ne sont entachées d'aucune erreur.

### III. Questions en litige

[14] Dans leur pourvoi devant notre Cour, les appelants soulèvent trois questions principales :

(1) M. Vallée est-il personnellement responsable du dommage?

À mon avis, il l'est.

(2) Les appelants ont-ils droit à la limitation de leur responsabilité en matière maritime malgré l'art. 4 de la *Convention*?

In my view they are and I would reverse the conclusions of the federal courts on this point.

- (3) Was the loss caused by Mr. Vallée’s “wilful misconduct” so that it is excluded from coverage under the insurance policy with Royal?

In my view, it was and the loss is excluded from coverage.

#### IV. Analysis

##### A. *Is Mr. Vallée Personally Liable for the Loss?*

[15] The appellants submit that there is no basis for holding Mr. Vallée personally responsible for the wrongs of Peracomo. Mr. Vallée is the sole shareholder and officer of Peracomo and the appellants concede that Mr. Vallée is the *alter ego* of Peracomo. But they argue that imposing personal liability on Mr. Vallée would disregard Peracomo’s distinct legal personality. The appellants rely on this Court’s decision in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, which left open the possibility that specific circumstances might call for departure from the general rule for piercing the corporate veil. The appellants do not say what those specific circumstances might be.

[16] The trial judge, upheld by the Federal Court of Appeal, found that Mr. Vallée was personally liable for breaching his duty of care to the Telus respondents: para. 49. He held that Peracomo was also liable for the losses both vicariously and personally. Mr. Vallée was the directing mind and *alter ego* of Peracomo: para. 50. The Court of Appeal cited *ADGA Systems International Ltd. v. Valcom Ltd.* (1999), 43 O.R. (3d) 101 (C.A.), leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xv, for the proposition that corporate officers and directors may be held liable in their personal capacity where they negligently

J’estime qu’ils y ont droit, et je suis d’avis d’infirmes les conclusions des cours fédérales sur ce point.

- (3) Le dommage a-t-il été causé par « l’inconduite délibérée » de M. Vallée, de sorte que son indemnisation est exclue aux fins de la police d’assurance souscrite auprès de Royal?

J’estime qu’il l’a été, de sorte que l’indemnisation du dommage est exclue aux fins de la garantie d’assurance.

#### IV. Analyse

##### A. *M. Vallée est-il personnellement responsable du dommage?*

[15] Les appelants prétendent qu’aucun élément ne permet de tenir M. Vallée personnellement responsable des actes fautifs de Peracomo. M. Vallée est l’unique actionnaire et dirigeant de Peracomo, et les appelants concèdent qu’il en est l’*alter ego*. Ils soutiennent toutefois que déclarer M. Vallée personnellement responsable du dommage fait abstraction de la personnalité juridique distincte de Peracomo. Ils invoquent l’arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, dans lequel notre Cour envisage la possibilité que, dans certaines circonstances spéciales, il puisse être souhaitable de déroger à la règle générale applicable au lever du voile de la personnalité juridique. Les appelants ne précisent pas quelles pourraient être ces circonstances spéciales.

[16] Le juge de première instance conclut que M. Vallée a personnellement manqué à son devoir de diligence envers les intimées Telus (par. 49), et la Cour d’appel fédérale abonde dans son sens. Il estime que Peracomo est également responsable du dommage tant pour le fait d’autrui que pour ses propres actes. M. Vallée était l’âme dirigeante de Peracomo ou son *alter ego* (par. 50). La Cour d’appel invoque l’arrêt *ADGA Systems International Ltd. c. Valcom Ltd.* (1999), 43 O.R. (3d) 101 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xv, pour affirmer qu’administrateurs et dirigeants de



cause property damage in the course of their corporate duties: para. 43.

[17] I agree with these conclusions. As the Telus respondents point out, corporate personality is not a relevant consideration in this case since Mr. Vallée was personally negligent in cutting the cable. The company is liable as a result of his acts, not the other way around. I would dismiss this ground of appeal.

B. *Are the Appellants Entitled to the Limit on Marine Liability Despite Article 4 of the Convention?*

[18] Section 29 of the *Marine Liability Act* limits liability for property damage caused by the operation of ships in the same class as the *Realice* at \$500,000. However, this limit does not apply if the loss “resulted from [the defendant’s] personal act or omission, committed with the intent to cause such loss, or recklessly and with knowledge that such loss would probably result”. This flows from the fact that s. 26 of the *Marine Liability Act* gives the force of law in Canada to art. 4 of the *Convention*, which establishes this exclusion from the limitation on liability:

*Article 4. CONDUCT BARRING LIMITATION*

A person liable shall not be entitled to limit his liability if it is proved that the loss resulted from his personal act or omission, committed with the intent to cause such loss, or recklessly and with knowledge that such loss would probably result.

[19] Whether the limitation on liability is excluded by art. 4 depends on the fault of the person liable. It sets out two types of fault, either of which bars the operation of the *Convention*’s limitation on liability. The first is an intention to cause “such loss” and the second is to cause the loss “recklessly

personnes morales peuvent être tenus personnellement responsables de leurs actes lorsque, par leur négligence, ils causent des dommages à des biens dans l’exercice de leurs fonctions (par. 43).

[17] Je souscris à ces conclusions. Comme les intimées Telus le signalent, l’existence d’une personne morale n’est pas une considération valable en l’espèce, car M. Vallée a personnellement fait preuve de négligence lorsqu’il a sectionné le câble. La société est responsable à cause des actes de M. Vallée, et non l’inverse. Je suis d’avis de rejeter ce moyen d’appel.

B. *Les appelants ont-ils droit à la limitation de leur responsabilité en matière maritime malgré l’art. 4 de la Convention?*

[18] L’article 29 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* limite la responsabilité à 500 000 \$ en cas de dommage matériel causé par l’exploitation d’un navire appartenant à la même catégorie que le *Realice*. Cependant, cette limitation ne vaut pas lorsque le dommage « résulte [du] fait [du défendeur] ou de son omission personnels, commis avec l’intention de provoquer un tel dommage, ou commis téméairement et avec conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement ». Cette exception découle du fait que l’art. 26 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* confère force de loi au Canada à l’art. 4 de la *Convention*, qui écarte la limitation de la responsabilité en pareil cas :

*Article 4. CONDUITE SUPPRIMANT LA LIMITATION*

Une personne responsable n’est pas en droit de limiter sa responsabilité s’il est prouvé que le dommage résulte de son fait ou de son omission personnels, commis avec l’intention de provoquer un tel dommage, ou commis téméairement et avec conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement.

[19] La limitation ou la non-limitation de la responsabilité au regard de l’art. 4 tient à la faute de la personne responsable. La disposition prévoit deux fautes qui suppriment l’une et l’autre la limitation de la responsabilité prévue par la *Convention*. La première est celle commise avec l’intention de

and with knowledge that such loss would probably result”.

[20] There is some ambiguity in the trial judge’s reasons about what Mr. Vallée intended or knew. I agree with the Federal Court of Appeal’s reading of his reasons: Mr. Vallée knew that he was cutting a cable and that this was sufficient to establish an intention to cause the loss. As the court of appeal put it: “Given that in this case Mr. Vallée intended to cut the very cable for the loss of which he is sued, we do not have to discuss this issue further”: para. 58. The Court of Appeal was thus of the view that what mattered was the fact that Mr. Vallée intentionally caused physical damage to the cable.

[21] The appellants submit that this conclusion is in error and that Mr. Vallée’s conduct does not fall within either of the fault components set out in the *Convention*. With respect to the first (intention to cause such loss), Mr. Vallée did not intend to cause the loss because he thought the cable was worthless junk and that cutting it would not cause any loss: A.F., at paras. 48-49. The trial judge and the Federal Court of Appeal erred, submit the appellants, because they focused on the cutting of the cable itself as opposed to its consequences in assessing Mr. Vallée’s intention. As for the second fault element (recklessness with knowledge that such loss would probably occur), the appellants say that Mr. Vallée was neither reckless nor knew that the loss was probable. The appellants rely on *Nugent v. Michael Goss Aviation Ltd.*, [2000] 2 Lloyd’s Rep. 222 (C.A.), for the proposition that the defendant must have recognized the risk and gone on to take it. In this case, they submit that Mr. Vallée was not aware of any risk. He believed from the map he had seen that the cable was abandoned. They further submit that even if he did act recklessly, he did not have any knowledge that the cable was in use and so had no knowledge that his actions would cause the Telus respondents any loss.

provoquer « un tel dommage » et la seconde est celle commise « téméairement et avec conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement ».

[20] Les motifs du juge de première instance quant à ce que M. Vallée savait ou ce qu’il entendait faire sont quelque peu ambigus. Je souscris à leur interprétation par la Cour d’appel fédérale, à savoir que M. Vallée savait qu’il sectionnait un câble et que cet acte suffit pour établir l’intention de provoquer le dommage qui a été causé. Elle explique : « Étant donné que dans la présente affaire M. Vallée a eu l’intention de sectionner le câble pour la perte duquel il est poursuivi en justice, il n’est pas nécessaire d’approfondir cette question » (par. 58). Elle estime donc que l’élément déterminant réside dans le fait que M. Vallée a intentionnellement causé un dommage matériel au câble.

[21] Les appelants font valoir que cette conclusion est erronée et que les actes de M. Vallée n’emportent la commission d’aucune des deux fautes prévues dans la *Convention*. En ce qui concerne la première — celle commise avec l’intention de provoquer un tel dommage —, M. Vallée n’aurait pas eu l’intention de causer le dommage parce qu’il croyait que le câble était une « cochonnerie » [*sic*] sans valeur et que le sectionner ne causerait aucun dommage (m.a., par. 48-49). Selon les appelants, le juge de première instance et la Cour d’appel fédérale ont commis l’erreur de s’attacher au sectionnement du câble plutôt qu’aux conséquences de ce sectionnement pour déterminer l’intention de M. Vallée. Quant à la seconde faute — celle commise téméairement et avec conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement —, les appelants prétendent que M. Vallée n’a pas agi avec témérité et qu’il ignorait que le dommage en résulterait probablement. Sur le fondement de l’arrêt *Nugent c. Michael Goss Aviation Ltd.*, [2000] 2 Lloyd’s Rep. 222 (C.A.), ils font valoir que le défendeur doit avoir reconnu le risque et décidé de le courir. Ils avancent que M. Vallée ne connaissait l’existence d’aucun risque. En raison de la carte qu’il avait vue, il croyait le câble abandonné. Ils prétendent en outre que, même s’il a agi de façon téméaire, l’appelant ignorait que le câble était en service, de sorte qu’il ne pouvait savoir que ses actes seraient préjudiciables aux intimées Telus.

[22] The Telus respondents submit that Mr. Vallée possessed both fault elements under art. 4. His actions in cutting the cable constituted the common law intentional tort of trespass to goods. Since the facts would have supported liability for an intentional tort, Mr. Vallée’s conduct should be seen as intentional for the purposes of art. 4: Telus respondents’ factum, at para. 86. In the alternative, the Telus respondents say that Mr. Vallée’s actions were reckless. They say that recklessness requires either “a decision to run the risk or a mental attitude of indifference to its existence”: para. 99, citing *Goldman v. Thai Airways International Ltd.*, [1983] 3 All E.R. 693 (C.A.), at p. 699, *per* Lord Eveleigh. Mr. Vallée claims to have seen the word [TRANSLATION] “abandoned” written by hand on a map in a museum, although he could not remember any other details regarding this map. He did not take any other steps to satisfy himself that the cable was not in use. As the Telus respondents put it, [TRANSLATION] “He deliberately remained in ignorance. He shut his eyes.”: para. 102.

[23] While I do not accept all of the appellants’ submissions, I agree with them that they are entitled to the limit on liability provided for under the *Convention* and set out more specifically at s. 29 of the *Marine Liability Act*. In my respectful view, the Federal Court of Appeal took too narrow an approach to the intent requirement under art. 4 of the *Convention*. It held, in effect, that if Mr. Vallée knew he was “cut[ting] the very cable for the loss of which he is sued”, the intent element of the *Convention* was satisfied. I cannot agree. This amounts to saying that all that is required to break the limit on liability is knowledge that one is interfering with property. Such an approach undermines the *Convention*’s purpose to establish a virtually unbreakable limit on liability and does not accord with its text.

[24] I turn first to the *Convention*’s purpose. The contracting states to the *Convention* intended the fault requirement to be a high one — the limitation on liability was designed to be difficult to break: *Margolle v. Delta Maritime Co. (The “Saint Jacques II” and Gudermes)*, [2002] EWHC

[22] Les intimées Telus soutiennent que les actes de M. Vallée correspondent aux éléments constitutifs de chacune des deux fautes prévues à l’art. 4. En common law, le sectionnement du câble constitue un délit intentionnel d’atteinte mobilière. Comme les faits étayent le délit intentionnel, les actes de M. Vallée doivent être tenus pour intentionnels aux fins de l’art. 4 (mémoire des intimées Telus, par. 86). À titre subsidiaire, les intimées Telus font valoir que les actes de M. Vallée étaient téméraires. Elles expliquent que la témérité suppose [TRADUCTION] « soit la décision de courir le risque, soit l’état mental d’indifférence quant à l’existence de ce risque » (par. 99, invoquant à l’appui *Goldman c. Thai Airways International Ltd.*, [1983] 3 All E.R. 693 (C.A.), p. 699, le lord Eveleigh). M. Vallée dit avoir vu le mot « abandonné » écrit à la main sur une carte dans un musée, mais il ne peut se rappeler quelque autre élément de cette carte. Il n’a pas pris d’autre mesure pour s’assurer que le câble n’était pas en service. Comme l’expliquent les intimées Telus, « [i]l [s’est gardé] volontairement dans l’ignorance. Il [a fermé] les yeux. » (par. 102).

[23] Même si je ne fais pas droit à leur thèse dans sa totalité, je conviens avec les appelants qu’ils ont droit à la limitation de la responsabilité prévue par la *Convention* et énoncée plus précisément à l’art. 29 de la *Loi sur l’assurance maritime*. À mon humble avis, la Cour d’appel fédérale conçoit de manière trop étroite l’intention exigée à l’art. 4 de la *Convention*. En effet, selon elle, dès lors que M. Vallée savait qu’il sectionnait « le câble pour la perte duquel il est poursuivi en justice », il avait l’intention voulue. Je ne suis pas de cet avis. Conclure en ce sens revient à dire qu’il suffit de savoir que l’on porte atteinte à un bien pour être déchu du droit à la limitation de la responsabilité. Outre son incompatibilité avec le libellé de la *Convention*, cette interprétation va à l’encontre de l’objet de cette dernière, soit la limitation quasi absolue de la responsabilité.

[24] Examinons d’abord l’objet de la *Convention*. Les États contractants ont voulu l’exigence d’une faute stricte et une limitation de la responsabilité difficile à supprimer (*Margolle c. Delta Maritime Co. (The « Saint Jacques II » and « Gudermes »)*, [2002] EWHC 2452, [2003] 1 Lloyd’s Rep. 203, par. 16;

2452, [2003] 1 Lloyd's Rep. 203, at para. 16; *Schiffahrtsgesellschaft MS "Mercur Sky" m.b.H. & Co. K.G. v. MS Leerort Nth Schiffahrts G.m.b.H. & Co. K.G. (The "Leerort")*, [2001] EWCA Civ 1055, [2001] 2 Lloyd's Rep. 291, at para. 18. The *Convention* has been described as a "trade-off": "As a *quid pro quo* for the increase of the [limitation] fund, the article providing for the breaking of limitation became tighter, so that it is almost impossible for the claimants to break the right to limit": A. Mandaraka-Sheppard, *Modern Maritime Law and Risk Management* (2nd ed. 2007), at p. 865. Meeting the threshold fault requirement requires a high degree of subjective blameworthiness: *Nugent*, at p. 229 (interpreting the similarly worded Warsaw Convention, 137 L.N.T.S. 11, as amended by the Hague Protocol, 478 U.N.T.S. 371). The fault standard set by art. 4 has been described as "a virtually unbreakable right to limit liability" (P. Griggs, R. Williams and J. Farr, *Limitation of Liability for Maritime Claims* (4th ed. 2005), at p. 3) and as "an almost indisputable right to limit . . . liability": *The "Bowbelle"*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 532 (Q.B.D.), at p. 535; see also D. Damar, *Wilful Misconduct in International Transport Law* (2011), at p. 168; R. P. Grime, "Implementation of the 1976 limitation convention" (1988), 12 *Marine Pol'y* 306, at p. 313; P. Heerey, "Limitation of Maritime Claims" (1994), 10 *MLAANZ Journal* 1, at p. 3; T. Ogg, "IMO's International Safety Management Code (The ISM Code)" (1996), 1 *I.J.O.S.L.* 143, at p. 149; J. F. Wilson, *Carriage of Goods by Sea* (7th ed. 2010), at p. 288; E. Gold, A. Chircop and H. Kindred, *Maritime Law* (2003), at p. 728. It is worth noting that the contracting states considered, but expressly rejected, the inclusion of "gross negligence" as a sufficient level of fault to break the liability limit: Comité Maritime International, *The Travaux Préparatoires of the LLMC Convention, 1976 and of the Protocol of 1996* (2000), Article 4. Conduct barring limitation, at pp. 123-32.

*Schiffahrtsgesellschaft MS « Mercur Sky » m.b.H. & Co. K.G. c. MS Leerort Nth Schiffahrts G.m.b.H. & Co. K.G. (The « Leerort »)*, [2001] EWCA Civ 1055, [2001] 2 Lloyd's Rep. 291, par. 18). La *Convention* est considérée comme étant le « fruit d'un compromis »; [TRADUCTION] « en contrepartie à l'établissement d'un fonds de limitation d'un montant accru, la disposition permettant la suppression de la limitation de la responsabilité a été resserrée au point qu'il est presque impossible à un demandeur de l'obtenir » (A. Mandaraka-Sheppard, *Modern Maritime Law and Risk Management* (2<sup>e</sup> éd. 2007), p. 865). L'acte fautif doit revêtir un caractère très répréhensible sur le plan subjectif pour satisfaire à l'exigence (*Nugent*, p. 229, où le tribunal interprète les dispositions au libellé analogue de la Convention de Varsovie, 137 R.T.S.N. 11, modifiée par le Protocole de La Haye, 478 R.T.N.U. 371). On dit de la norme de faute établie à l'art. 4 qu'elle emporte [TRADUCTION] « un droit presque absolu à la limitation de la responsabilité » (P. Griggs, R. Williams et J. Farr, *Limitation of Liability for Maritime Claims* (4<sup>e</sup> éd. 2005), p. 3) et [TRADUCTION] « un droit presque incontestable à la limitation de la responsabilité » (*The « Bowbelle »*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 532 (Q.B.D.), p. 535; voir également D. Damar, *Wilful Misconduct in International Transport Law* (2011), p. 168; R. P. Grime, « Implementation of the 1976 limitation convention » (1988), 12 *Marine Pol'y* 306, p. 313; P. Heerey, « Limitation of Maritime Claims » (1994), 10 *MLAANZ Journal* 1, p. 3; T. Ogg, « IMO's International Safety Management Code (The ISM Code) » (1996), 1 *I.J.O.S.L.* 143, p. 149; J. F. Wilson, *Carriage of Goods by Sea* (7<sup>e</sup> éd. 2010), p. 288; E. Gold, A. Chircop et H. Kindred, *Maritime Law* (2003), p. 728). Signalons que les États contractants ont envisagé — pour finalement l'écarter expressément — la possibilité de retenir la commission d'une « faute lourde » comme condition suffisante pour supprimer la limitation de la responsabilité (Comité Maritime International, *The Travaux Préparatoires of the LLMC Convention, 1976 and of the Protocol of 1996* (2000), Article 4. Conduite supprimant la limitation, p. 123-132).

[25] In my respectful view, the Federal Court of Appeal's approach to breaking the limit on liability lowered the intended fault element and thereby

[25] Soit dit en tout respect, l'interprétation de la Cour d'appel fédérale des conditions qui permettent de supprimer la limitation de la responsabilité

undermined the *Convention*'s purpose to establish a virtually unbreakable right to limit liability.

[26] Turning to the text of the *Convention*, my view is that the Federal Court of Appeal's approach fails to distinguish between, on one hand, the limitation of liability that relates to a "claim" and, on the other, the bar to the limitation which arises if there was intention to cause "the loss" that resulted from the act or omission of the person liable. As we shall see, the limitation is expressed in broad and generic terms while the intention required to break the limitation relates to specific consequences of the conduct of the person liable.

[27] Article 2 lists the types of claims which are subject to the limitation of liability set out in the *Convention*. The list of "claims" in art. 2 includes, in para. 1(a), "[c]laims in respect of loss of life or personal injury or [as is in issue here] loss of or damage to property . . . occurring on board or in direct connexion with the operation of the ship". Article 4 then addresses the limit on liability of "[a] person liable". That person is entitled to limit his liability unless it is proved that "the loss resulted from his personal act or omission, committed with the intent to cause such loss, or recklessly and with knowledge that such loss would probably result".

[28] Two things stand out about the relationship between the limitation set out in art. 2 and the conduct barring that limitation set out in art. 4. First, the limitation of liability in art. 2 relates to liability for "claims". "Claims" refer to the broad, generic categories of consequences for which recovery may be sought, such as in this case, "damage to property". In short, it is "claims" that are subject to limitation of liability and this limitation is expressed in broad and generic terms. Second, the conduct barring the benefit of the limitation is expressed in much more restrictive language. The bar, unlike the limitation itself, is not expressed in relation to claims. The bar arises only if the "loss" resulted from the intentional act of the person liable, or as a result of reckless conduct committed with

assouplit la norme de faute applicable et compromet ainsi l'objet de la *Convention*, à savoir la limitation quasi absolue de la responsabilité.

[26] En ce qui concerne le libellé de la *Convention*, je suis d'avis que la démarche de la Cour d'appel fédérale méconnaît la distinction qu'il convient de faire entre, d'une part, la limitation de la responsabilité pour une « créance » et, d'autre part, la suppression de cette limitation lorsque la personne responsable a eu l'intention de provoquer le « dommage » ayant résulté de son fait ou de son omission. Nous verrons que la limitation est formulée de manière très générale, tandis que l'intention requise pour la supprimer vise les conséquences précises des actes de la personne responsable.

[27] L'article 2 énumère les types de créances qui font l'objet de la limitation de la responsabilité prévue par la *Convention*. Figurent parmi elles, à l'al. 1a), les « [c]réances pour mort, pour lésions corporelles, [ou comme celle visée en l'espèce] pour pertes et pour dommages à tous biens [. . .] survenus à bord du navire ou en relation directe avec l'exploitation de celui-ci ». L'article 4 porte ensuite sur la limitation de la responsabilité de la « personne responsable », qui ne peut limiter sa responsabilité s'il est prouvé que « le dommage résulte de son fait ou de son omission personnels, commis avec l'intention de provoquer un tel dommage, ou commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement ».

[28] Deux constats s'imposent concernant l'interaction entre la limitation de la responsabilité énoncée à l'art. 2 et la conduite qui supprime cette limitation suivant l'art. 4. D'abord, la limitation prévue à l'art. 2 vise la responsabilité à l'égard de « créances », lesquelles s'entendent des grandes catégories générales d'actes donnant droit à réparation (p. ex., en l'espèce, les « dommages aux biens »). Bref, ce sont les « créances » qui sont assujetties à la limitation de la responsabilité, et cette limitation est formulée de manière très générale. En second lieu, la disposition qui prévoit les conditions auxquelles la limitation peut être supprimée est libellée de manière beaucoup plus restrictive. Contrairement à la limitation elle-même, sa suppression n'est pas formulée en fonction des créances. Il n'y a

knowledge that the loss was probable. This signals that the intention which invokes the bar must relate to more specific consequences of the person's conduct than that captured by the sorts of generic consequences referred to by the word "claims". This requirement of intention in relation to more specific consequences is underscored by the use of the words "such loss" in connection with the intent and knowledge clauses of art. 4. Before the bar arises, the *loss* must be shown to have resulted from the "personal act or omission" of the person liable "committed with the intent to cause such loss, or recklessly and with knowledge that such loss would probably result". As one leading text puts it, "the use of the words 'such loss' in Article 4 seem[s] to underline the fact that the right to limit is barred *only* if the type of loss intended or envisaged by the 'person liable' is the actual loss suffered by the claimant": Griggs, Williams and Farr, at p. 36 (emphasis in original); see also Damar, at p. 173.

[29] How specifically must the loss have been intended? There is some ambiguity in the authorities with respect to this question. Some authorities take the view that knowledge of the type of damage that occurs is required: see, e.g., *Nugent*, p. 229, *per* Auld L.J., interpreting the similar, but not identical language in art. 25 of the Warsaw Convention, as given effect by the *Carriage by Air Act, 1961* (U.K.), 9 & 10 Eliz. 2, c. 27. However, this authority may be of limited assistance given that under the Warsaw Convention, what is required is foresight that "damage" would probably result, rather than as under the *Convention*, foresight that "such loss" would probably result: see *The "Saint Jacques II"*, at para. 16. Other cases have required knowledge of the very loss that actually occurred: see, e.g., *Daina Shipping Co. v. Te Runanga O Ngati Awa*, [2013] NZHC 500, [2013] 2 N.Z.L.R. 799, at para. 42, distinguishing the Federal Court of Appeal decision in this case, at para. 45. This appears to be the dominant view in the English courts. The

suppression que si le « dommage » résulte de l'acte intentionnel de la personne responsable ou de l'acte accompli témérement et avec conscience que l'endommagement était probable. On peut en conclure que l'intention qui emporte suppression doit se rapporter à des conséquences des actes de la personne qui sont plus précises que les conséquences générales évoquées par le mot « créances ». L'emploi des mots « un tel dommage » en liaison avec l'intention et la conscience requises par l'art. 4 font ressortir la nécessité que l'intention ait pour objet des conséquences assez précises. Pour que la limitation soit supprimée, il faut établir que le *dommage* résulte du « fait ou de [l']omission personnels » de la personne responsable, « commis avec l'intention de provoquer un tel dommage, ou commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement ». Comme l'expliquent les auteurs d'un ouvrage qui fait autorité, [TRADUCTION] « l'emploi des mots "un tel dommage" à l'art. 4 semble souligner le fait que le droit à la limitation de la responsabilité est *seulement* exclu lorsque le dommage voulu ou prévu par la "personne responsable" correspond au dommage effectivement subi par le demandeur » (Griggs, Williams et Farr, p. 36 (en italique dans l'original); voir également Damar, p. 173).

[29] Avec quel degré de précision la personne responsable doit-elle avoir eu l'intention de provoquer le dommage? La doctrine est quelque peu ambiguë sur ce point. Certains auteurs estiment que l'intéressé doit avoir eu conscience du type de dommage causé (voir, p. ex., *Nugent*, p. 229, le lord juge Auld, pour l'interprétation du libellé semblable, quoique non identique, de l'art. 25 de la Convention de Varsovie mis en œuvre par la *Carriage by Air Act, 1961* (R.-U.), 9 & 10 Eliz. 2, ch. 27). Cet arrêt n'est toutefois pas très utile, car la Convention de Varsovie exige que l'intéressé ait pu prévoir qu'un « dommage » (dans la version anglaise, « *damage* ») en résulterait probablement, alors que la *Convention* exige qu'il ait eu conscience qu'un « tel dommage » (dans la version anglaise, « *such loss* ») en résulterait probablement (voir *The "Saint Jacques II"*, par. 16). Dans d'autres affaires, les tribunaux ont exigé que l'intéressé ait été conscient du dommage précis effectivement causé (voir, p. ex., *Daina Shipping Co. c. Te Runanga O*

leading case is *The “Leerort”* in which Lord Phillips of Worth Matravers M.R. (as he then was) stated that foresight of “the very loss that actually occurs, not merely of the type of loss that occurs” is required: para. 13; see also *MSC Mediterranean Shipping Co. S.A. v. Delumar BVBA (The “MSC Rosa M”)*, [2000] 2 Lloyd’s Rep. 399 (Q.B.D.), and *The “Saint Jacques II”*. This view also has the support of leading commentators: see Griggs, Williams and Farr, at p. 36; Damar, at p. 173; S. Hodges and C. Hill, *Principles of Maritime Law* (2001), at pp. 593-94.

[30] Lord Phillips in *The “Leerort”* gave examples to illustrate the difference between the notions of “type of loss” and “very loss”:

It seems to me that where the loss in respect of which a claim is made resulted from a collision between ship A and ship B, the owners of ship A, or cargo in ship A, will only defeat the right to limit liability on the owner of ship B if they can prove that the owner of ship B intended that it should collide with ship A, or acted recklessly with the knowledge that it was likely to do so.

The alternative, which is perhaps arguable, is that the claimant merely has to prove that the owner of ship B intended that his ship should collide with another ship, or acted recklessly with the knowledge that it was likely to do so. [Emphasis added; paras. 16-17.]

[31] While Lord Phillips expressed a preference for the “very loss” requirement, he did not resolve the debate entirely and, in the present case, we do not have to take a firm position as to whether we ought to adopt the “type of loss” or the “very loss” approach. As I see it, the appellants are entitled to limit their liability on either view.

*Ngati Awa*, [2013] NZHC 500, [2013] 2 N.Z.L.R. 799, par. 42, où le tribunal établit, au par. 45, une distinction d’avec la décision de la Cour d’appel fédérale dans le présent dossier). Il paraît s’agir du courant prédominant au sein des tribunaux d’Angleterre. Dans l’arrêt de principe *The « Leerort »*, lord Phillips of Worth Matravers, m.r. (alors président de la Cour d’appel) opine qu’il doit y avoir prévision [TRADUCTION] « du dommage précis effectivement causé, et non seulement du type de dommage causé » (par. 13) (voir également l’arrêt *MSC Mediterranean Shipping Co. S.A. c. Delumar BVBA (The « MSC Rosa M »)*, [2000] 2 Lloyd’s Rep. 399 (Q.B.D.), et *The « Saint Jacques II »*). Les auteurs de doctrine les plus influents adhèrent à ce point de vue (voir Griggs, Williams et Farr, p. 36; Damar, p. 173; S. Hodges et C. Hill, *Principles of Maritime Law* (2001), p. 593-594).

[30] Dans l’arrêt *The « Leerort »*, lord Phillips explique au moyen d’un exemple la différence entre les notions de « type de dommage » et de « dommage précis causé » :

[TRADUCTION] Il me semble que lorsqu’il s’agit d’établir si le dommage visé par la créance résulte de la collision entre le navire A et le navire B, le propriétaire du navire A ou de sa cargaison n’écartera le droit du propriétaire du navire B à la limitation de sa responsabilité que s’il prouve que le propriétaire du navire B a voulu que son navire entre en collision avec le navire A, ou qu’il a agi avec témérité et en ayant conscience que la collision se produirait vraisemblablement.

L’autre solution susceptible d’être avancée serait que le demandeur a simplement à prouver que le propriétaire du navire B a voulu que son navire entre en collision avec un autre navire, ou qu’il a agi avec témérité et en ayant conscience que la collision se produirait vraisemblablement. [Je souligne; par. 16-17.]

[31] Même si lord Phillips dit pencher en faveur de l’exigence de l’intention de causer le « dommage causé », il ne clôt pas le débat. Il n’est donc pas nécessaire, en l’espèce, de nous prononcer fermement sur la question de savoir s’il convient d’exiger l’intention d’infliger un « type de dommage » ou le « dommage précis causé ». À mon avis, les appellants ont droit à la limitation de leur responsabilité dans un cas comme dans l’autre.

[32] The “loss” that “resulted” from Mr. Vallée’s act was the diminution in value of the cable measured by the cost of repairing it. Whether this description of the loss is considered to be of the “type of loss” or of the “very loss” that resulted from Mr. Vallée’s action, on the trial judge’s findings of fact, Mr. Vallée did not intend to cause that loss or know that it was a probable consequence of his actions. The trial judge found as a fact that Mr. Vallée thought the cable was useless — no matter how recklessly he may have reached that view — and therefore did not think it would be repaired because he thought it had no value: paras. 75 and 77. This does not constitute either “the intent to cause such loss” or “knowledge that such loss would probably result”.

[33] With respect, the Federal Court of Appeal misread *The “Leerort”* by finding that it was sufficient to break the limit on liability under art. 4, that Mr. Vallée intended “to cut the very cable for the loss of which he is sued”: para. 58. This statement mischaracterizes the legal effect of the relevant facts as found by the trial judge in *The “Leerort”* case. Here are the relevant comments of Lord Phillips in that case:

Mr. Teare submitted that the words “such loss” meant loss of the type suffered and that, to identify the type of loss, it was necessary to refer back to art. 2, which sets out the various types of loss in respect of which a right to limit arises. Thus, in the instant case, the claims advanced are in respect of “loss of or damage to property”, so that the only foresight required to defeat the right to limit was of the likelihood of loss of or damage to property.

This submission runs counter to the clear meaning of the wording of art. 4. The words “such loss” in that article clearly refer back to the loss that has actually resulted and which is the subject matter of the claim in which the right to limit is asserted. [Emphasis added; paras. 14-15.]

[34] Contrary to what the Federal Court of Appeal implied in its application of *The “Leerort”*, the trial

[32] Le « dommage » qui « résulte » des actes de M. Vallée correspond à la diminution de la valeur du câble proportionnelle aux frais engagés pour le réparer. Peu importe que l’on considère le dommage sous l’angle du « type de dommage » ou du « dommage précis causé » par les actes de M. Vallée, il appert des conclusions de fait du juge de première instance que M. Vallée n’avait pas l’intention de provoquer le dommage et qu’il ignorait que celui-ci serait la conséquence probable de ses actes. Le juge conclut que M. Vallée croyait le câble inutile — peu importe la témérité avec laquelle il a pu former cette opinion — et qu’il n’a donc pas pu penser qu’il faudrait le réparer puisqu’il le pensait sans valeur (par. 75 et 77). Il n’avait par conséquent pas « l’intention de provoquer un tel dommage », ni « conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement ».

[33] En toute déférence, je suis d’avis que la Cour d’appel fédérale interprète mal l’arrêt *The « Leerort »* lorsqu’elle conclut que, pour supprimer la limitation de la responsabilité en application de l’art. 4, il suffit que M. Vallée ait eu l’intention « de sectionner le câble pour la perte duquel il est poursuivi en justice » (par. 58). Cette affirmation dénature les conséquences juridiques des faits pertinents déterminés par le juge de première instance dans l’arrêt *The « Leerort »*. Voici d’ailleurs ce que fait observer lord Phillips, dans cette affaire, de manière fort à propos :

[TRADUCTION] M<sup>e</sup> Teare affirme que les mots « un tel dommage » s’entendent d’un dommage du type de celui infligé et que, pour déterminer le type de dommage en cause, il fallait se reporter à l’art. 2, qui énumère les divers types de dommage qui font naître le droit à la limitation de la responsabilité. Ainsi, il s’agit en l’espèce de créances « pour pertes et pour dommages à tous biens », de sorte que la seule condition à respecter pour faire échec au droit de limiter la responsabilité était la probabilité de perte ou de dommage au bien.

Cette prétention contredit le sens clair du libellé de l’art. 4, où les mots « un tel dommage » renvoient de toute évidence au dommage qui a été effectivement causé et qui fait l’objet de la créance à l’égard de laquelle le droit à la limitation de la responsabilité est invoquée. [Je souligne; par. 14-15.]

[34] Contrairement à ce que la Cour d’appel fédérale laisse entendre dans son application de



judge in this case did not find that Mr. Vallée was merely mistaken in his assessment of the value of the property (a highly valuable cable versus a worthless cable). He found that he was mistaken with respect to the nature and ownership of the property (an abandoned cable versus a cable owned by someone who would repair damage to it). *The “Leerort”*, as applied to the facts of this case, supports the position that Mr. Vallée did not have a sufficient knowledge of the probable consequences of his actions pursuant to art. 4. As Lord Phillips put it, art. 4 refers to “the loss that has actually resulted and which is the subject matter of the claim in which the right to limit is asserted” (emphasis added). Here, the Telus respondents claim their cost of repair. Whatever else may be said about Mr. Vallée’s conduct, he did not actually know that his actions would probably result in damaging someone’s property who would then have to repair it. It was therefore an error of law to conclude that Mr. Vallée intended to cause a loss, or was reckless knowing that such loss would probably occur, within the meaning of art. 4.

[35] I conclude that the appellants did not intentionally or recklessly cause the loss in question within the meaning of art. 4 of the *Convention*. They are therefore entitled to its limitation on liability.

C. *Was the Loss Caused by Mr. Vallée’s “Wilful Misconduct” so That It Is Excluded From Coverage Under the Insurance Policy With Royal?*

[36] The appellants were covered by an insurance policy which they claim indemnifies them against the damages payable. However, the insurer, the respondent Royal, contends that coverage is excluded. The federal courts decided in favour of the insurer and the appellants submit they erred.

l’arrêt *The « Leerort »*, le juge de première instance ne conclut pas que M. Vallée s’est seulement mépris sur la valeur du bien (un câble d’une très grande valeur, et non un câble sans intérêt). Il conclut à sa méprise sur la nature et l’appartenance du bien (un câble abandonné au lieu d’un câble appartenant à une personne qui le réparerait s’il était endommagé). Au vu des faits de la présente affaire, l’arrêt *The « Leerort »* appuie la thèse selon laquelle M. Vallée n’était pas suffisamment conscient des conséquences probables de ses actes pour tomber sous le coup de l’art. 4. Comme l’explique lord Phillips, cet article vise [TRADUCTION] « le dommage qui a été effectivement causé et qui fait l’objet de la créance à l’égard de laquelle le droit à la limitation de la responsabilité est invoqué » (je souligne). Dans le présent dossier, les intimées Telus réclament le paiement du coût de réparation. Peu importe ce qu’on pourrait ajouter au sujet des actes de M. Vallée, force est de reconnaître qu’il n’avait pas vraiment conscience du fait que de ses actes résulterait probablement l’endommagement d’un bien que devrait ensuite réparer son propriétaire. La Cour d’appel fédérale commet donc une erreur de droit lorsqu’elle conclut que M. Vallée a voulu causer un dommage ou qu’il a agi téméairement et avec conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement au sens de l’art. 4.

[35] J’arrive à la conclusion que les appelants n’ont pas causé intentionnellement ou téméairement le dommage en question au sens de l’art. 4 de la *Convention*. Ils ont donc droit à la limitation de leur responsabilité.

C. *Le dommage a-t-il été causé par l’« inconduite délibérée » de M. Vallée, de sorte que son indemnisation serait exclue aux fins de la garantie d’assurance de Royal?*

[36] Les appelants étaient titulaires d’une police d’assurance censée, selon eux, les indemniser des dommages-intérêts auxquels ils sont condamnés. Leur assureur, l’intimée Royal, soutient que la garantie ne s’applique pas. Les cours fédérales lui donnent raison, et les appelants font valoir qu’elles ont tort.

[37] Royal issued a policy to the appellants including protection and indemnity coverage during the relevant time. The policy covered liability “in consequence of . . . damage to any fixed or movable object” and arising from “an accident or occurrence”: cls. 20.1 and 20.1.1. It is common ground that the policy is subject to s. 53(2) of the *Marine Insurance Act*, which excludes coverage for any loss attributable to the “wilful misconduct” of the insured. The issue is whether the trial judge erred in finding that this exclusion applied in this case. The relevant provision in the Act is this:

**53.** (1) [Losses covered] Subject to this Act and unless a marine policy otherwise provides, an insurer is liable only for a loss that is proximately caused by a peril insured against, including a loss that would not have occurred but for the misconduct or negligence of the master or crew.

(2) [Losses specifically excluded] Without limiting the generality of subsection (1), an insurer is not liable for any loss attributable to the wilful misconduct of the insured nor, unless the marine policy otherwise provides, for

[38] While the insurer does not concede that the loss was in consequence of “an accident or occurrence”, the focus of the appeal is on whether the exclusion under the Act applies.

[39] The trial judge dealt with this issue quite briefly, but I think his findings have to be read in light of his conclusions relating to liability and with respect to the *Convention*. The judge found that the cable was a navigational hazard, that it was Mr. Vallée’s duty to know of its existence, and that he failed miserably in that regard: para. 34. Mr. Vallée had on board a paper marine chart that was more than 20 years out of date: Royal factum, at para. 15. Marine warnings had been issued and charts were amended to show the cable after its laying in 1999. Had Mr. Vallée consulted any of these documents over a six and a half year period following the laying of the cable, he would have

[37] Royal a établi au bénéfice des appelants une police d’assurance qui les protégeait durant la période considérée à l’égard de la responsabilité [TRADUCTION] « résultant du dommage causé à un objet fixe ou mobilier » par suite « d’un accident ou d’un événement » (cl. 20.1 et 20.1.1). Il est acquis aux débats que cette police tombe sous le coup du par. 53(2) de la *Loi sur l’assurance maritime*, qui exclut expressément l’indemnisation des pertes attribuables à « l’inconduite délibérée de l’assuré ». Le juge de première instance a-t-il eu tort, par conséquent, de conclure à l’application de cette exclusion en l’espèce? Voici le texte des dispositions applicables de la Loi :

**53.** (1) [Périls assurés] Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et sauf disposition contraire de la police maritime, l’assureur n’est responsable que des pertes résultant directement des périls assurés, y compris la perte qui ne se serait pas produite sans l’inconduite ou la négligence du capitaine ou de l’équipage.

(2) [Périls expressément exclus] Sans restreindre la généralité du paragraphe (1), l’assureur n’est pas responsable des pertes attribuables à l’inconduite délibérée de l’assuré ni, sauf disposition contraire de la police :

[38] Bien que l’assureur ne reconnaisse pas que la perte soit la conséquence [TRADUCTION] « d’un accident ou d’un événement », le présent pourvoi porte essentiellement sur la question de savoir si l’exclusion prévue par la Loi s’applique.

[39] Le juge de première instance ne fait qu’effleurer la question, mais j’estime que ses conclusions doivent être interprétées à la lumière de ce qu’il conclut au sujet de la responsabilité et de la *Convention*. Il estime que le câble constituait un danger pour la navigation, qu’il incombait à M. Vallée d’en connaître l’existence et que M. Vallée a lamentablement manqué à cette obligation (par. 34). M. Vallée disposait à bord de son navire d’une carte marine datant de plus de 20 ans (mémoire de Royal, par. 15). Des avis avaient été publiés à l’intention des navigateurs, et les cartes marines avaient été modifiées pour indiquer l’emplacement du câble installé en 1999. S’il avait consulté ces documents

been aware of the cable and that it had not been abandoned: trial reasons, at para. 28.

[40] The trial judge found that the federal government had published notices about the existence of the cable “time and time again” and that it was Mr. Vallée’s duty to be aware of them: para. 27. He accepted the evidence of an expert called by the Telus respondents that the ordinary practice of seamen would be to communicate with marine traffic control to make inquiries as to the nature and use of the cable: para. 32.

[41] As previously discussed, in 2005, Mr. Vallée hooked an anchor and in freeing it, he pulled the cable to the surface. At the end of the fishing season, he was visiting the Église Saint-Georges, a deconsecrated church in Baie-Comeau, which is now a museum. He saw a chart or map with a line drawn across the river in the area where he usually fished. The word [TRANSLATION] “abandoned” was written on that line by hand. As the trial judge put it “[w]ithout giving it a second thought, he concluded that this was what he was hooking with his anchor. He only glanced at it for a matter of seconds and cannot recall whether it was a marine chart, a topographical chart, or indeed what type of map it was at all”: para. 40. The trial judge found that “[t]here is not, and there never was” a marine chart of this nature, meaning that the paper seen by Mr. Vallée was nothing as formal as a proper marine chart: para. 83.

[42] The trial judge concluded that if recklessness were in issue, “Mr. Vallée was reckless in the extreme”: para. 84. The trial judge said that “wilful misconduct” is more than negligence but requires “either a deliberate act intended to cause the harm, or such blind and uncaring conduct that one could say that the person was heedless of the consequences”: para. 91. The trial judge concluded that Mr. Vallée’s conduct was a “marked departure” from the norm and so constituted wilful misconduct excluding coverage: para. 92. The finding of extreme recklessness on Mr. Vallée’s part is based on the trial judge’s understanding that recklessness “connotes a mental attitude or indifference to the

au cours des six ans et demi qui ont suivi l’installation du câble, M. Vallée aurait connu l’existence de celui-ci et aurait su qu’il n’avait pas été abandonné (motifs de première instance, par. 28).

[40] Le juge de première instance souligne que le gouvernement fédéral a publié « de nombreux » avis sur l’existence du câble et qu’il incombait à M. Vallée d’en prendre connaissance (par. 27). Il ajoute foi au témoignage d’un expert des intimées Telus suivant lequel la démarche habituelle des navigateurs était de s’informer auprès d’un centre de contrôle de la circulation maritime quant à la nature et à l’utilisation du câble (par. 32).

[41] Rappelons que, en 2005, une ancre de M. Vallée s’est accrochée au fond et que, pour la dégager, il a hissé le câble à la surface. Après la saison de pêche, alors qu’il visitait l’église Saint-Georges — une église désaffectée de Baie-Comeau transformée en musée —, M. Vallée a vu sur une carte qu’une ligne traversait le fleuve là où il avait l’habitude de pêcher. Le mot « abandonné » y était écrit à la main. Le juge de première instance explique que, « [s]ans y penser à deux fois, M. Vallée a conclu que c’était cela que son ancre avait précédemment accroché [*sic*]. Il n’a regardé [la carte] que quelques secondes et ne peut se rappeler s’il s’agissait d’une carte marine, d’une carte topographique, ni même en fait du type de carte » (par. 40). Il conclut que « [p]areille carte marine n’existe pas et n’a jamais existé », c’est-à-dire que la carte aperçue par M. Vallée n’équivalait en rien à quelque chose d’aussi officiel qu’une véritable carte marine (par. 83).

[42] Selon le juge de première instance, à supposer que la témérité soit en cause, « M. Vallée s’est montré téméraire au plus haut point » (par. 84). Il ajoute que l’« inconduite délibérée » ne s’entend pas de la simple négligence, mais exige « soit un acte intentionnel ayant visé à causer le préjudice, soit la conduite d’une personne qui a tellement fermé les yeux ou s’est si peu souciée des autres qu’elle n’était pas attentive à ce qui pouvait en découler » (par. 91). Il conclut que la conduite de M. Vallée « s’éloign[e] de façon [. . .] marquée » de la norme et qu’il s’agit d’une inconduite délibérée de nature à écarter l’application de la garantie d’assurance (par. 92). Sa conclusion selon laquelle M. Vallée s’est montré

existence of the risk”: para. 85. According to the trial judge, the fact that Mr. Vallée relied on the map on the museum wall to conclude that the cable was not in use shows that, at the time he cut the cable, he was indifferent to the risk, of which he was subjectively aware, that the cable that had snagged his anchors could be live.

[43] The Federal Court of Appeal upheld the trial judge’s conclusion, although the focus of its attention was on whether Mr. Vallée’s wilful misconduct had been the proximate cause of the loss: paras. 68-80.

[44] The appellants say that if Mr. Vallée was negligent, he was simply negligent — any attempt to bring them under the scope of “wilful misconduct” would dramatically lower the bar on the meaning of that concept in Canadian maritime insurance law. They submit that wilful misconduct requires a “very marked departure” from normal standards of conduct. Furthermore, this departure needs to be intentional. The appellants say that the requirement of intention here includes a requirement that the consequences be intended as well as the action itself. They submit that the wilful misconduct standard for insurance purposes is virtually the same as the intentional or reckless standard set under the *Convention*.

[45] The appellants refer to jurisprudence on the meaning of art. 2464 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”), excluding from insurance coverage injury resulting from the “intentional fault” of the insured (“*faute intentionnelle*” de l’assuré). Under the civil law of Quebec, this means that “[t]he insured must seek not only to bring about the event that is the object of the risk, but also to bring about the damage itself”: *Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, 2002 SCC 21, [2002] 1 S.C.R. 719, at para. 33.

[46] Royal relies on a variety of authorities from the marine insurance context for the proposition

téméraire au plus haut point prend appui sur sa conception de la témérité, à savoir un « état d’esprit qui [. . .] peut être défini comme l’indifférence face à l’existence d’un risque » (par. 85). Selon le juge, en se fiant à la carte aperçue au musée pour conclure que le câble n’était pas en service, M. Vallée, lorsqu’il a sectionné le câble, a fait preuve d’indifférence face au risque, dont il avait subjectivement conscience, que le câble dans lequel ses ancrs s’étaient accrochées puisse être opérationnel.

[43] La Cour d’appel fédérale confirme la conclusion tirée en première instance, mais s’attache à la question de savoir si l’inconduite délibérée de M. Vallée a été la cause immédiate du dommage (par. 68-80).

[44] Selon les appelants, si M. Vallée a fait preuve de négligence, il a seulement été négligent, et assimiler ses actes à une « inconduite délibérée » élargirait considérablement la définition de ce terme en droit canadien de l’assurance maritime. Ils ajoutent que pour qu’il y ait inconduite délibérée, les actes doivent s’éloigner « de façon très marquée » des normes de conduite habituelles. De plus, l’écart doit être intentionnel. Les appelants prétendent que, pour qu’il y ait intention dans les circonstances de l’espèce, la personne doit avoir voulu non seulement commettre l’acte lui-même, mais aussi obtenir les conséquences. Ils avancent que le critère de l’inconduite délibérée en matière d’assurance est pratiquement identique à celui de la conduite intentionnelle ou téméraire pour les besoins de la *Convention*.

[45] Les appelants invoquent un arrêt portant sur l’interprétation de l’art. 2464 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »), qui dispose que l’assureur n’est pas tenu de réparer le préjudice qui résulte de la faute intentionnelle de l’assuré. En droit civil québécois, cela signifie que « [l]’assuré doit rechercher non seulement la réalisation du risque, mais aussi celle du dommage même » (*Goulet c. Cie d’Assurance-Vie Transamerica du Canada*, 2002 CSC 21, [2002] 1 R.C.S. 719, par. 33).

[46] Royal invoque diverses décisions de justice dans le domaine de l’assurance maritime à l’appui

that “wilful misconduct” under s. 53(2) can consist of either intentional or reckless wrongdoing. Royal denies that the civil law cases on the exclusion of intentional fault are relevant in this context. These cases turn on the wording of art. 2464 *C.C.Q.*, which is significantly different from the wording of s. 53(2) of the *Marine Insurance Act*. Canadian maritime law is rooted in English admiralty law and so civilian jurisprudence must be treated with caution. In any event, Royal says that the present facts are distinguishable from the Quebec cases cited by the appellants. In this case, unlike those cases, Mr. Vallée intentionally destroyed a cable that did not belong to him: Royal factum, at paras. 66-68.

[47] Royal says that the purpose of the statutory exclusion of “wilful misconduct” from marine liability insurance is twofold. The first purpose is based in public policy. It guards against the moral hazard of allowing insured persons to rely on coverage under an insurance policy to avoid the consequences of their deliberate conduct. The second purpose is to promote the insurability of marine liability, which is based on indemnification for unforeseeable risks or perils. Insurers can attempt to quantify the risk of unforeseen perils, but it would be impossible for the insurer to quantify the risk of an action that is entirely within the control of the insured.

[48] This part of the appeal therefore raises three questions: (1) whether the fault standard under art. 4 of the *Convention* and the insurance exclusion at s. 53(2) of the Act are the same; (2) whether the trial judge erred in his interpretation of “wilful misconduct” in the Act; and (3) whether the Quebec civil law approach to “intentional fault” applies to “wilful misconduct” under the Act?

de sa prétention suivant laquelle l’« conduite délibérée » visée au par. 53(2) peut s’entendre soit d’un acte fautif intentionnel, soit d’un acte fautif téméraire. Selon elle, la jurisprudence de droit civil relative à l’exclusion de la garantie d’assurance en cas de faute intentionnelle ne s’applique pas dans le contexte considéré. Ces décisions se fondent sur le libellé de l’art. 2464 du *C.c.Q.*, qui est fort différent de celui du par. 53(2) de la *Loi sur l’assurance maritime*. Le droit maritime canadien tire sa source du droit maritime anglais, de sorte que la jurisprudence de tradition civiliste doit être considérée avec circonspection. Quoi qu’il en soit, Royal affirme que les faits de l’espèce diffèrent de ceux des affaires québécoises auxquelles renvoient les appelants. Contrairement à ce qui était le cas dans celles-ci, M. Vallée a intentionnellement détruit un câble qui ne lui appartenait pas (mémoire de Royal, par. 66-68).

[47] Royal fait valoir que l’objectif de l’exclusion légale de l’assurance responsabilité maritime en cas d’« conduite délibérée » comporte deux volets. En premier lieu figure la défense de l’ordre public. Il existe en effet un souci d’ordre moral d’empêcher l’assuré de se prévaloir de la garantie d’assurance pour se soustraire aux conséquences de son conduite délibérée. En second lieu, l’exclusion vise à favoriser l’assurabilité en matière de responsabilité maritime, dont l’assise est l’indemnisation de risques ou de périls imprévisibles. L’assureur peut tenter d’évaluer le risque que présente un péril imprévu, mais il lui est impossible de chiffrer le risque afférent à un acte qui relève entièrement de la volonté de l’assuré.

[48] Ce volet du pourvoi soulève donc trois questions. (1) La norme de faute applicable est-elle la même aux fins de l’art. 4 de la *Convention* et de l’exclusion de la garantie d’assurance au par. 53(2) de la *Loi sur l’assurance maritime*? (2) Le juge de première instance interprète-t-il erronément l’expression « conduite délibérée » employée dans la Loi? (3) La notion de « faute intentionnelle » en droit civil québécois s’applique-t-elle pour circonscrire la notion d’« conduite délibérée » propre à la Loi?

(1) The Fault Standard Under the *Convention* and the Act

[49] I reject the appellants' submission that the fault standard under the insurance exclusion and the *Convention* are the same. Both the purposes and the text of the provisions are different. The purpose of the *Convention* provision, as I discussed earlier, was to create a virtually unbreakable upper limit on liability. The purpose of the exclusion of coverage for insurance purposes is to define and limit the type of risk insured under that overarching limit created by the *Convention*. The two provisions are, of course, related. One of the purposes of the *Convention*'s upper limit on liability is to facilitate insurability at affordable rates by providing assurance that liability will not exceed the limited amount. As explained by Dr. Damar, at p. 16:

Insurance premiums to be collected are determined according to the financial amount of the insured value and the risk. Liability insurance premiums, in this respect, are calculated according to the limitation amounts set by international and national law provisions since, independent from the insured risk, the limitation amounts reflect the maximum which can be paid by a carrier or shipowner. [Emphasis added.]

[50] Thus, while the limit on liability serves as an upper limit on the total financial exposure of the insurer, it does not seek to regulate the scope of coverage in the sense of the sorts of risks that are insured. The concern about insurability which the *Convention* addresses is the total potential amount of liability, not the nature of the insured risk.

[51] The purpose of the insurance provision is related to a fundamental principle of insurance law. Insurance contracts allocate risk. A loss caused by the insured's wilful misconduct is not the product of a fortuitous event or an accident and is therefore not within the scope of the insured risk. The purpose of the wilful misconduct exclusion, therefore, is to draw a line between the sorts of perils that are insured and the sorts that are not.

[52] The distinct purposes of the *Convention* limitation and the Act's insurance exclusion are

(1) La norme de faute selon la *Convention* et selon la Loi

[49] Je rejette la thèse des appelants selon laquelle la faute exigée pour l'exclusion de la garantie d'assurance est la même que pour la suppression de la limitation de la responsabilité. Tant l'objet que le libellé des dispositions en cause du contrat d'assurance et de la *Convention* diffèrent. Rappelons que la disposition en cause de la *Convention* vise la limitation quasi absolue de la responsabilité. La disposition qui exclut la garantie d'assurance vise à définir et à circonscrire le risque assuré qui est soumis à la limitation générale prévue par la *Convention*. Il va sans dire que les deux dispositions sont liées. L'une des raisons d'être de la limitation de la responsabilité est de faire en sorte que l'on puisse s'assurer à un prix abordable du fait que l'obligation de réparation ne pourra dépasser le maximum fixé. Comme l'explique la professeure Damar, à la p. 16 :

[TRADUCTION] La prime d'assurance est établie en fonction de la valeur assurée et du risque. La prime d'assurance responsabilité est donc établie en fonction des limites fixées par les dispositions de lois internationales et nationales, car indépendamment du risque assuré, ces limites correspondent au montant maximal que le transporteur ou l'affrèteur peut être tenu de verser. [Je souligne.]

[50] Ainsi, bien qu'elle plafonne le risque financier global auquel s'expose l'assureur, la limite de responsabilité ne vise pas à déterminer l'étendue de la garantie quant à savoir quels risques sont assurés. Le souci d'assurabilité qui anime la *Convention* vise la responsabilité financière globale, et non la nature du risque assuré.

[51] L'objet de la disposition qui exclut la garantie d'assurance est lié à un principe fondamental du droit des assurances, à savoir la répartition du risque. Le dommage attribuable à l'inconduite délibérée de l'assuré n'est pas le produit d'un événement fortuit ou d'un accident et n'est donc pas assuré. Ainsi, l'exclusion pour inconduite délibérée vise à distinguer les types de périls assurés de ceux qui ne le sont pas.

[52] Les objets distincts de la limitation prévue par la *Convention* et de l'exclusion d'assurance prévue

underlined by the very different words chosen to give effect to them. As just discussed, the *Convention's* limit was intended to be virtually unbreakable. In short, it calls for either intention to bring about the loss or knowledge that it will probably occur. As we shall see, the mental state required for wilful misconduct includes recklessness as to consequences — that is, actual knowledge of the risk and running it anyway, a different and lower fault standard than is called for by the *Convention*.

[53] Discussions of the interaction between the right to limitation under the *Convention* and the insurance exclusion relating to wilful misconduct often begin with the well-known comments made by Lord Diplock during the development of the *Convention*. He stated that “the limits should be made as unbreakable as possible on the principle that breakability should begin where insurability ended”: *Travaux Préparatoires*, at p. 127 (para. 264). This statement, however, does not mean that breakability and insurability are coextensive. Lord Diplock’s concern was to ensure that the *Convention* was drafted so that it would prevent a situation where liability would not be limited but the insurer would still be liable; he was not addressing the converse situation, where insurance coverage might be excluded even though the limitation on liability had not been broken. His remarks relate to the total potential amount of liability, not the nature of the insured risk.

[54] To conclude, I do not agree that the two standards of fault are the same.

## (2) Wilful Misconduct

[55] In the context of marine insurance, the principle that coverage was excluded for losses resulting from wilful misconduct predated, and was in effect codified by, the English *Marine Insurance Act, 1906*, 6 Edw. 7, c. 41, s. 55(2)(a): *Damar*, at pp. 35-43. The purpose of the modern-day Canadian provision is to distinguish the excluded losses from the covered losses, that is, those attributable to the “misconduct or negligence of the master or

par la Loi ressortent des libellés très différents qui leur donnent effet. Je le rappelle, la limitation prévue par la *Convention* se veut quasi absolue. En bref, pour l’écarter, il faut soit l’intention de causer le dommage, soit la conscience que celui-ci résultera probablement des actes. Nous verrons que l’état d’esprit requis aux fins de l’inconduite délibérée englobe l’insouciance à l’égard des conséquences des actes, c’est-à-dire la connaissance réelle du risque et la décision de courir celui-ci, ce qui correspond à une norme de faute différente et moins stricte que celle qui vaut pour les besoins de la *Convention*.

[53] Les débats sur l’interaction entre le droit à la limitation de la responsabilité fondé sur la *Convention* et l’exclusion d’assurance pour cause d’inconduite délibérée commencent souvent par la citation des remarques bien connues de lord Diplock lors des travaux préparatoires de la *Convention*, à savoir que [TRADUCTION] « les limites doivent être fixées de manière à exclure leur dépassement le plus possible, étant entendu que la possibilité de dépassement doit commencer là où l’assurabilité prend fin » (*Travaux Préparatoires*, p. 127, par. 264). Or, il n’y a pas pour autant coïncidence entre la possibilité de dépassement et l’assurabilité. Le souci de lord Diplock était de faire en sorte que la *Convention* soit libellée de manière à empêcher qu’un assureur puisse demeurer responsable malgré la suppression de la limitation de la responsabilité, et non l’inverse, c’est-à-dire que la garantie d’assurance puisse être exclue même si la limite n’est pas dépassée. Ses remarques ont trait à la responsabilité globale, non à la nature du risque assuré.

[54] En conclusion, je ne conviens pas de l’identité des deux normes de faute.

## (2) L’inconduite délibérée

[55] Dans le contexte de l’assurance maritime, le principe selon lequel la garantie d’assurance est exclue lorsque le dommage est attribuable à une inconduite délibérée date d’avant une loi anglaise, qui l’a en fait adopté, la *Marine Insurance Act, 1906*, 6 Edw. 7, ch. 41, al. 55(2)a) (*Damar*, p. 35-43). La disposition canadienne applicable de nos jours vise à distinguer les pertes exclues et les pertes assurées, les premières étant imputables « [à] l’inconduite ou [à] la négligence du

crew”: s. 53(1) of the *Marine Insurance Act*. Most of the “wilful misconduct” cases in the marine insurance field involve deliberate scuttling of a vessel to obtain the insurance proceeds — an obvious example of wilful misconduct — and so there is relatively little jurisprudence interpreting the finer points or meaning of the phrase: Damar, at p. 41; J. Gilman et al., *Arnould’s Law of Marine Insurance and Average* (17th ed. 2008), at p. 958.

[56] While this Court has not interpreted “wilful misconduct” in the context of a marine insurance exclusion, it has interpreted similar language in other contexts on many occasions. One statement that has been particularly influential is that of Duff C.J. in *McCulloch v. Murray*, [1942] S.C.R. 141. The Court had on appeal a jury finding that a driver was liable to a gratuitous passenger. That liability depended on whether it had been open to the jury to find that the passenger’s injury had been the result of the driver’s “gross negligence or wilful and wanton misconduct”: *Motor Vehicle Act*, S.N.S. 1932, c. 6, s. 183. In upholding the finding of liability made by the jury, Duff C.J. held that the terms “gross negligence”, “wilful misconduct” and “wanton misconduct” all “imply conduct in which, if there is not conscious wrong doing, there is a very marked departure from the standards by which responsible and competent people in charge of motor cars habitually govern themselves”: p. 145. I pause to note that, unlike the standard set by the *Convention*, “conscious wrongdoing” — that is “intentional wrongdoing” — is not required in order for the insured’s actions to constitute wilful misconduct. While Duff C.J. did not set out an exhaustive definition of “wilful misconduct”, his comments have been repeatedly cited with approval by the Court in gratuitous passenger cases: *Studer v. Cowper*, [1951] S.C.R. 450; *Thompson v. Fraser*, [1955] S.C.R. 419; *Walker v. Coates*, [1968] S.C.R. 599; *Markling v. Ewaniuk*, [1968] S.C.R. 776; *Goulais v. Restoule*, [1975] 1 S.C.R. 365.

capitaine ou de l’équipage » (par. 53(1) de la *Loi sur l’assurance maritime*). Dans le domaine de l’assurance maritime, la plupart des affaires d’« inconduite délibérée » ont trait au sabotage délibéré d’un navire en vue de toucher le produit de l’assurance — un cas évident d’inconduite délibérée —, de sorte qu’il existe relativement peu de jurisprudence sur les nuances à apporter à l’interprétation de cette expression (Damar, p. 41; J. Gilman et al., *Arnould’s Law of Marine Insurance and Average* (17<sup>e</sup> éd. 2008), p. 958).

[56] Notre Cour n’a pas interprété l’expression « inconduite délibérée » dans le contexte de la clause d’exclusion d’un contrat d’assurance maritime, mais elle a souvent été appelée à se prononcer sur le sens de termes semblables dans d’autres contextes. Ses remarques se sont révélées particulièrement influentes dans l’arrêt *McCulloch c. Murray*, [1942] R.C.S. 141, par la voix du juge en chef Duff. Le pourvoi portait sur le verdict d’un jury selon lequel un conducteur était responsable des blessures subies par une personne transportée à titre gratuit. L’existence de la responsabilité tenait à la question de savoir si le jury pouvait conclure que les blessures subies par la passagère étaient imputables [TRADUCTION] « à la faute lourde ou à l’“inconduite délibérée” et téméraire » du conducteur (*Motor Vehicle Act*, S.N.S. 1932, ch. 6, art. 183). Pour confirmer le verdict du jury, le juge en chef Duff conclut que les expressions [TRADUCTION] « faute lourde », « inconduite délibérée » et « inconduite téméraire » supposent toutes « une façon d’agir dans laquelle, s’il n’y a pas faute consciente, il y a écart très marqué vis-à-vis des normes habituellement suivies par les personnes responsables et compétentes au volant d’une automobile » (p. 145). Je saisis l’occasion de signaler que, contrairement à la faute exigée par la *Convention*, la « faute consciente » — c’est-à-dire la « faute intentionnelle » — n’est pas requise pour que les actes de l’assuré constituent une inconduite délibérée. Même si le juge en chef Duff n’a pas défini exhaustivement la notion d’« inconduite délibérée », la Cour a maintes fois repris ses remarques en les approuvant dans des affaires de transport de passagers à titre gratuit (*Studer c. Cowper*, [1951] R.C.S. 450; *Thompson c. Fraser*, [1955] R.C.S. 419; *Walker c. Coates*, [1968] R.C.S. 599; *Markling c. Ewaniuk*, [1968] R.C.S. 776; *Goulais c. Restoule*, [1975] 1 R.C.S. 365).



[57] In other contexts, “wilful misconduct” has been defined as “doing something which is wrong knowing it to be wrong or with reckless indifference”; “recklessness” in this context means “an awareness of the duty to act or a subjective recklessness as to the existence of the duty”: *R. v. Boulanger*, 2006 SCC 32, [2006] 2 S.C.R. 49, at para. 27, citing *Attorney General’s Reference (No. 3 of 2003)*, [2004] EWCA Crim 868, [2005] Q.B. 73. Similarly, in an insightful article, Peter Cane states that “[a] person is reckless in relation to a particular consequence of their conduct if they realize that their conduct may have that consequence, but go ahead anyway. The risk must have been an unreasonable one to take”: “*Mens Rea in Tort Law*” (2000), 20 *Oxford J. Legal Stud.* 533, at p. 535.

[58] These formulations capture the essence of wilful misconduct as including not only intentional wrongdoing but also conduct exhibiting reckless indifference in the face of a duty to know. This view is supported by two of the key authorities relied on by the appellants and they are, as I see it, sufficient to deal with the issue raised on this appeal.

[59] The appellants’ point first to the reasons of Bramwell L.J. in *Lewis v. Great Western Railway Co.* (1877), 3 Q.B.D. 195 (C.A.). He referred to wilful misconduct (in the context of carriage by rail) as being either conduct such that “the person guilty of it should know that mischief will result” or which the person “acted under the supposition that it might be mischievous, and with an indifference to his duty to ascertain whether it was mischievous or not”: p. 206. This formulation encompasses not only intentional wrongdoing but also reckless indifference in the face of a duty to know.

[60] The appellants also rely on the judgment of Cresswell J. in *Thomas Cook Group Ltd. v. Air Malta Co.*, [1997] 2 Lloyd’s Rep. 399 (Q.B.D.), dealing with the limitation in the unamended Warsaw Convention which excluded limitation of liability for damage caused by the wilful misconduct of the

[57] Dans d’autres contextes, les tribunaux ont opiné que l’inconduite délibérée s’entend de [TRADUCTION] « l’accomplissement délibéré d’un acte fautif en toute connaissance de cause ou avec une insouciance téméraire », l’insouciance supposant alors « la conscience du devoir à accomplir ou l’insouciance subjective quant à l’existence de ce devoir » (*R. c. Boulanger*, 2006 CSC 32, [2006] 2 R.C.S. 49, par. 27, citant l’arrêt *Attorney General’s Reference (No. 3 of 2003)*, [2004] EWCA Crim 868, [2005] Q.B. 73). De même, selon un exposé éclairant de Peter Cane, [TRADUCTION] « [u]ne personne est insouciant(e) à l’égard d’une conséquence particulière de sa conduite lorsqu’elle se rend compte que sa conduite peut avoir cette conséquence, mais qu’elle va quand même de l’avant. Il doit avoir été déraisonnable de courir le risque » (« *Mens Rea in Tort Law* » (2000), 20 *Oxford J. Legal Stud.* 533, p. 535).

[58] Il appert de ces formulations que l’essence de la notion d’inconduite délibérée inclut non seulement un acte fautif intentionnel, mais également une conduite qui témoigne d’une insouciance téméraire au vu d’une obligation de connaissance. Deux des principales décisions qu’invoquent les appelants et qui, selon moi, suffisent pour trancher la question soulevée dans le pourvoi, étayaient ce point de vue.

[59] Les appelants renvoient d’abord aux motifs du lord juge Bramwell dans *Lewis c. Great Western Railway Co.* (1877), 3 Q.B.D. 195 (C.A.). Le lord juge assimile l’inconduite délibérée (dans le contexte du transport ferroviaire) à la conduite de [TRADUCTION] « la personne qui devrait savoir qu’un préjudice résultera de ses actes » ou à celle « de la personne qui agit en supposant que ses actes pourraient causer un préjudice, mais qui fait fi de son obligation de s’assurer que sa conduite n’est pas susceptible de causer un préjudice » (p. 206). Cette formulation reprend non seulement l’acte fautif intentionnel, mais aussi l’insouciance téméraire au vu d’une obligation de connaissance.

[60] Les appelants invoquent également l’arrêt *Thomas Cook Group Ltd. c. Air Malta Co.*, [1997] 2 Lloyd’s Rep. 399 (Q.B.D.), où le juge Cresswell exclut la limitation de la responsabilité prévue dans la version non modifiée de la Convention de Varsovie dans le cas de dommages causés par

carrier: art. 25(1). Cresswell J. reviewed the English jurisprudence in detail and set out six propositions concerning the meaning of wilful misconduct. He began by dealing with the word “misconduct” and holding that the inquiry is as to whether the conduct is so far outside the range of conduct expected of a person in the circumstances as to be properly regarded a misconduct: p. 407. He then turned to the sort of misconduct that could be considered wilful. Among the sorts of conduct to which he refers is this:

A person wilfully misconducts himself if he knows and appreciates that it is misconduct on his part in the circumstances to do or to fail or omit to do something and yet . . . acts with reckless carelessness, not caring what the results of his carelessness may be. (A person acts with reckless carelessness if, aware of a risk that goods in his care may be lost or damaged, he deliberately goes ahead and takes the risk, when it is unreasonable in all the circumstances for him to do so.) [p. 408]

[61] Without attempting to spell out exhaustively the sorts of conduct that are covered by the term “wilful misconduct”, I accept, as do the appellants, that these statements accurately, although not necessarily exhaustively, describe types of conduct that fall within that description for the purposes of the exclusion of liability under the *Marine Insurance Act*. In short, wilful misconduct includes not only intentional wrongdoing but also other misconduct committed with reckless indifference in the face of a duty to know.

[62] I am not convinced that this is the standard applied by the trial judge or the Federal Court of Appeal. However, my view is that the findings of fact made by the trial judge read in light of the record make it clear that Mr. Vallée’s conduct constituted wilful misconduct as described in these authorities.

[63] As to misconduct, there can be no doubt as I see it that Mr. Vallée’s acts were “so far outside the range of conduct” to be expected of him in the circumstances as to constitute misconduct. As

l’inconduite délibérée du transporteur (par. 25(1)). Après un examen détaillé de la jurisprudence anglaise, le juge Cresswell énumère six étapes à suivre pour déterminer s’il y a ou non inconduite délibérée. Il se penche d’abord sur le mot « *misconduct* » (l’équivalent anglais d’« inconduite »). Selon lui, il faut se demander si la conduite s’éloigne à ce point de la gamme des conduites auxquelles on pourrait s’attendre d’une personne se trouvant dans la même situation qu’on peut bel et bien l’assimiler à une inconduite (p. 407). Il aborde ensuite les inconduites que l’on peut tenir pour délibérées. Parmi elles, mentionnons les suivantes :

[TRADUCTION] La personne qui sait et comprend bien que constitue une inconduite de sa part le fait d’accomplir ou d’omettre d’accomplir quelque chose et qui, malgré tout [. . .] agit avec une imprudence téméraire, sans se soucier du résultat possible de son imprudence. (Une personne agit avec une imprudence téméraire si, consciente du risque que des marchandises confiées à ses soins peuvent être perdues ou endommagées, elle va quand même délibérément de l’avant et court le risque, alors qu’il est déraisonnable de le faire eu égard à l’ensemble des circonstances.) [p. 408]

[61] Sans vouloir décrire de manière exhaustive les types de conduite visés par la définition d’« inconduite délibérée », j’admets, à l’instar des appelants, que ces énoncés font bien état, mais pas forcément de manière exhaustive, des conduites susceptibles d’emporter l’exclusion de responsabilité de l’assureur sous le régime de la *Loi sur l’assurance maritime*. En somme, l’« inconduite délibérée » s’entend non seulement de l’acte fautif intentionnel, mais aussi de l’inconduite empreinte d’insouciance téméraire au vu d’une obligation de connaissance.

[62] Je ne suis pas convaincu qu’il s’agit là de la norme qu’appliquent le juge de première instance ou la Cour d’appel fédérale. Je suis toutefois d’avis qu’il ressort des conclusions de fait du juge de première instance considérées à la lumière du dossier que la conduite de M. Vallée constitue une inconduite délibérée au sens de ces décisions.

[63] En ce qui concerne l’inconduite, il ne fait aucun doute, selon moi, que les actes de M. Vallée « s’éloigne[nt] à ce point de la gamme des conduites » auxquelles on pouvait s’attendre de lui

the trial judge found, it was Mr. Vallée's duty to be aware of the cable and "he failed miserably in that regard": para. 34. The trial judge accepted the opinion evidence of Captain Jean-Louis Pinsonnault that Mr. Vallée exhibited a "lack of elementary prudence": paras. 33-34. Thus, the trial judge's findings fully support the conclusion that Mr. Vallée's actions constituted misconduct because, in light of his duty and all of the other circumstances, his actions were "far outside" the range of conduct expected of a person in this position.

[64] As to whether the misconduct was wilful as described in these authorities, my view is that the trial judge's findings make clear that it was.

[65] As the trial judge found, Mr. Vallée knew that what he was cutting was a submarine cable. It is obvious from his reliance on the chart or map on the museum wall that he adverted to the possibilities that the cable either could be in use or could be abandoned. Mr. Vallée testified that he was aware that it was possible to [TRANSLATION] "transmit electricity by means of a submarine cable": A.R., vol. III, at p. 111. He thus had actual knowledge of the risk that he could be cutting a "live" cable. His conduct is consistent only with indifference to this risk in the face of his duty to know. His reliance on the map, of unknown date or authenticity, which was not a marine chart and which he saw for only a few seconds, coupled with his duty to be aware of hazards to navigation and his failure to have up-to-date charts or make inquiries by radio from his vessel, amply bear out the trial judge's conclusion that Mr. Vallée's conduct was "reckless in the extreme": para. 84. His conduct exhibited a reckless indifference to the possible consequences of his actions of which he was actually aware. He thus committed an act of wilful misconduct: he ran an unreasonable risk with subjective knowledge of that risk and indifference as to the consequences.

dans la situation considérée qu'on peut les assimiler à une inconduite. Comme le conclut le juge de première instance, il incombait à M. Vallée de connaître l'existence du câble et il « a manqué lamentablement à cette obligation » (par. 34). Il retient le témoignage d'opinion du capitaine Jean-Louis Pinsonnault, qui se dit d'avis que M. Vallée a fait preuve d'un « manque de prudence élémentaire » (par. 33-34). Ses conclusions étaient donc entièrement sa décision de tenir les actes de M. Vallée pour une inconduite car, compte tenu de son obligation et de toutes les autres circonstances, ces actes « s'éloignaient beaucoup » de la gamme des conduites auxquelles on pouvait s'attendre d'une personne dans pareille situation.

[64] Quant à savoir si l'inconduite était délibérée au sens où on l'entend dans les sources précitées, j'estime que les conclusions du juge de première instance le montrent clairement.

[65] Comme le conclut le juge de première instance, M. Vallée savait que ce qu'il sectionnait était un câble sous-marin. Le fait qu'il a envisagé la possibilité que le câble puisse être soit en service, soit abandonné est mis en évidence par le fait qu'il s'en est remis à la carte aperçue au musée. Au procès, M. Vallée a dit avoir su qu'il était possible de « transmettre de l'électricité par le biais d'un câble sous-marin » (d.a., vol. III, p. 111). Il connaissait donc le risque qu'il puisse sectionner un câble « sous tension ». Sa conduite ne s'explique que par une insouciance vis-à-vis de ce risque au vu de son obligation de connaissance. Le fait de s'être fié à la carte, dont il ignorait si elle était récente ou valable, qui n'était pas une véritable carte marine et qu'il n'a regardée que quelques secondes, conjugué à son obligation de s'informer des dangers pour la navigation et à son omission de posséder des cartes à jour ou de s'informer par radio à bord de son navire, étaye amplement la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Vallée s'est « montré téméraire au plus haut point » (par. 84). Il a manifesté une insouciance téméraire vis-à-vis des conséquences possibles de ses actes dont il était bel et bien conscient. Il y a donc eu inconduite délibérée de sa part : il a couru un risque déraisonnable dont il avait subjectivement conscience et il a fait preuve d'insouciance quant aux conséquences.

[66] The fact that Mr. Vallée, as the trial judge found, believed that the cable was not in use is beside the point. To hold otherwise is to conflate recklessness with intention. People like Mr. Vallée who take unreasonable risks of which they are subjectively aware often wrongly believe that the risk which they decide to take will not result in harm. That is the essence of recklessness.

[67] While the threshold to break liability under the *Convention* requires intention or recklessness with knowledge that the loss will probably occur, wilful misconduct under the *Marine Insurance Act* does not require either intention to cause the loss or subjective knowledge that the loss will probably occur. It requires, in the context of this case, simply misconduct with reckless indifference to the known risk despite a duty to know. The trial judge's reasons, read in light of the record, show that at the time he cut the cable Mr. Vallée, who had a duty to know better, subjectively adverted to the risk that the cable might be live and decided to cut it anyway on the sole basis of some handwriting that he had seen for a few seconds on a map on a museum wall — a map which was not a marine chart and was of unknown origin or authenticity. Cutting the cable in those circumstances constitutes wilful misconduct as that term is defined in all of the authorities to which I have referred.

### (3) Intentional Fault

[68] The appellants referred to a number of insurance cases from Quebec concerned with the exclusions under the *C.C.Q.* for losses resulting from the insured's "*faute intentionnelle*": see, e.g., arts. 2464 and 2576. As noted earlier, this concept in Quebec civil law relates to conduct by the insured that seeks "not only to bring about the event that is the object of the risk, but also to bring about the damage itself": *Goulet*, at para. 33, interpreting art. 2563 of the *Civil Code of Lower Canada*. This

[66] Le fait que, selon le juge de première instance, M. Vallée a cru que le câble n'était pas en service est dénué de pertinence. Conclure le contraire serait confondre témérité et intention. Les gens qui, comme M. Vallée, courent des risques déraisonnables dont ils ont subjectivement conscience croient souvent à tort que le risque qu'ils décident de courir n'entraînera pas de préjudice. C'est là l'essence de la témérité.

[67] Même si, pour les besoins de la *Convention*, la suppression de la limitation de la responsabilité requiert l'intention ou la témérité doublée de la conscience que le dommage en résultera probablement, aux fins de la *Loi sur l'assurance maritime*, l'inconduite délibérée n'exige ni l'intention de causer le dommage, ni la conscience subjective que le dommage en résultera probablement. Dans le cas considéré en l'espèce, seule est requise l'inconduite doublée d'une insouciance téméraire à l'égard du risque connu malgré une obligation de connaissance. Il appert des motifs du juge de première instance considérés à la lumière du dossier que, lorsqu'il a sectionné le câble, M. Vallée, qui aurait dû se montrer plus avisé, a subjectivement envisagé le risque que le câble soit opérationnel, mais a quand même décidé de le sectionner sur la seule foi d'une mention manuscrite sur une carte consultée quelques secondes dans un musée, un document qui n'était pas une carte marine et dont on ignorait quelle était l'origine et si elle était authentique. Sectionner le câble dans ces circonstances constitue une inconduite délibérée selon toutes les sources doctrinales et jurisprudentielles auxquelles je fais référence précédemment.

### (3) La faute intentionnelle

[68] Les appelants invoquent un certain nombre de décisions québécoises rendues sous le régime du *C.c.Q.* en matière d'exclusion de la garantie d'assurance en cas de préjudice imputable à la « *faute intentionnelle* » de l'assuré (voir, p. ex., les art. 2464 et 2576). Rappelons que, en droit civil québécois, cette notion renvoie à la conduite de l'assuré qui recherche « non seulement la réalisation du risque, mais aussi celle du dommage même » (*Goulet*, par. 33, interprétation de l'art. 2563 du *Code*

is arguably a higher fault standard even than that required under the *Convention*, which excludes the limit not only in cases of intentional conduct, but also reckless conduct taken with knowledge that the loss would probably result.

[69] The term “*faute intentionnelle*” is generally expressed in the *C.C.Q.* for the English terms “deliberate” or “intentional” fault: see, e.g., arts. 1461, 1471, 1474, 1613, 1706, 2301 and 2464. However, in the marine insurance provision, art. 2576, it is expressed as “wilful misconduct”. This may be contrasted with the French version of s. 53(2) of the Act which expresses “wilful misconduct” as “*inconduite délibérée*”. There is no dispute here that it is the Act and not art. 2576 that governs in this appeal.

[70] The use of “wilful misconduct” in the English version of art. 2576, in my view, does not support the position that “wilful misconduct” in the Act should be equated with “*faute intentionnelle*” in Quebec civil law. The meaning of “*faute intentionnelle*” is well established in Quebec civil law and it is equally well established that the term “wilful misconduct” in marine insurance law has a wider meaning. The provisions of the Act have their origins in English admiralty law and the English *Marine Insurance Act, 1906* and the French version of the Act expresses this in the term “*inconduite délibérée*”, not the well-known civil law term “*faute intentionnelle*”.

#### (4) Conclusion

[71] I conclude that applying the correct legal standard to the trial judge’s findings of fact make it clear that the appellants’ loss is excluded from insurance coverage as it resulted from Mr. Vallée’s “wilful misconduct”.

*civil du Bas Canada*). On peut soutenir qu’il s’agit d’une norme de faute plus stricte encore que celle qui vaut pour la *Convention*, laquelle écarte la limitation de la responsabilité non seulement en cas de conduite délibérée, mais aussi lorsqu’une personne fait preuve d’insouciance en ayant conscience qu’il en résulterait probablement un dommage.

[69] Dans le *C.c.Q.*, l’expression « faute intentionnelle » est généralement rendue en anglais par « *deliberate fault* » et « *intentional fault* » (voir, p. ex., les art. 1461, 1471, 1474, 1613, 1706, 2301 et 2464). Cependant, dans la disposition relative à l’assurance maritime, l’art. 2576, on la rend en anglais par « *wilful misconduct* ». Il convient de faire ressortir la distinction d’avec le par. 53(2) de la Loi, où le législateur rend l’expression anglaise « *wilful misconduct* » par « *inconduite délibérée* » en français. Nul ne conteste que c’est la Loi, et non l’art. 2576, qui s’applique en l’espèce.

[70] À mon sens, l’emploi de l’expression anglaise « *wilful misconduct* » comme équivalent de « faute intentionnelle » à l’art. 2576 n’appuie pas la thèse voulant que l’« *inconduite délibérée* » (rendue par « *wilful misconduct* » dans la version anglaise de la Loi) devrait être assimilée à la « faute intentionnelle » du droit civil québécois. Le sens de « faute intentionnelle » est bien établi en droit civil québécois, tout comme il est bien établi que l’« *inconduite délibérée* » du droit de l’assurance maritime a un sens plus large. Les dispositions de la Loi tirent leur origine du droit maritime anglais et de la *Marine Insurance Act, 1906* d’Angleterre, et c’est cette origine qui détermine le sens d’« *inconduite délibérée* » dans la Loi, ce qui n’a rien à voir avec la notion de « faute intentionnelle » bien connue en droit civil.

#### (4) Conclusion

[71] Je conclus que, si l’on applique la bonne norme juridique aux conclusions de fait du juge de première instance, il est clair que l’indemnisation du dommage causé par les appelants est exclue aux fins de la garantie d’assurance, car il résulte de l’« *inconduite délibérée* » de M. Vallée.

## V. Disposition

[72] In relation to the appellants' limitation of liability, I would allow the appeal with costs but including only one half of their costs of the leave application. The appellants' joint and several liability is limited by the *Convention*. In relation to the claim against Royal, I would dismiss the appeal with costs including its costs of the leave application.

English version of the reasons delivered by

[73] WAGNER J. (dissenting in part) — I agree with my colleague Cromwell J. that art. 4 of the *Convention on limitation of liability for maritime claims, 1976*, 1456 U.N.T.S. 221 (“*Convention*”), does not preclude the appellants from exercising the right, provided for in arts. 1(1), (4), (6), (7) and 2(1) of the *Convention*, to limit their liability. Having said this, however, I also believe that s. 53(2) of the *Marine Insurance Act*, S.C. 1993, c. 22 (“*Act*”), must be read harmoniously with the *Convention*'s provisions. Even though art. 4 of the *Convention* and s. 53(2) of the *Act* do not have the exact same wording, I find in the circumstances that the appellants can both limit their liability and benefit from coverage under their insurance policy. I am of the view that both the provisions at issue require proof of the same fact: that the insured had knowledge of the harmful consequences of his or her act, and intended or was reckless with regard to those consequences. In my respectful opinion, it is impossible, upon concluding on the one hand that the appellants can limit their liability under the *Convention* because they did not intend to cause the loss or because they did not act recklessly or with knowledge that the loss would probably result, to also find on the other hand that the liability insurer can deprive them of coverage under s. 53(2) of the *Act* on the basis that the loss was the result of wilful misconduct. For these reasons, I would allow the appeal in its entirety, with costs.

## V. Dispositif

[72] En ce qui concerne la limitation de la responsabilité des appelants, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, lesquels n'englobent toutefois que la moitié de ceux afférents à la demande d'autorisation. La responsabilité solidaire des appelants est limitée par la *Convention*. En ce qui concerne la demande visant Royal, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens, y compris ceux afférents à la demande d'autorisation.

Les motifs suivants ont été rendus par

[73] LE JUGE WAGNER (dissident en partie) — Je partage l'avis de mon collègue le juge Cromwell selon lequel l'art. 4 de la *Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes*, 1456 R.T.N.U. 221 (« *Convention* »), n'a pas pour effet d'empêcher les appelants de limiter leur responsabilité tel que le permettent les par. 1(1), (4), (6), (7) et 2(1) de ladite *Convention*. Cela dit, je crois cependant qu'il est nécessaire d'interpréter le par. 53(2) de la *Loi sur l'assurance maritime*, L.C. 1993, ch. 22 (« *Loi* »), en harmonie avec les dispositions de la *Convention*. Bien que la formulation de l'art. 4 de la *Convention* et du par. 53(2) de la *Loi* ne soit pas identique, je conclus qu'en l'espèce les appelants peuvent à la fois limiter leur responsabilité et bénéficier de la protection de leur police d'assurance. En effet, je suis d'avis que l'une et l'autre des dispositions en cause requièrent la preuve d'un même élément : l'assuré devait connaître les conséquences dommageables de son geste et les avoir voulues ou ne pas s'être soucié qu'elles se produisent. Avec égards pour l'opinion contraire, on ne peut à la fois conclure que les appelants peuvent limiter leur responsabilité en vertu de la *Convention* aux motifs qu'ils n'ont pas posé de geste avec l'intention de provoquer les dommages, ou qu'ils ne l'ont pas posé de manière téméraire ou en sachant que ces dommages en résulteraient probablement, et du même souffle, permettre à l'assureur responsabilité de nier couverture en application du par. 53(2) de la *Loi* parce que les mêmes dommages auraient été causés en raison d'une inconduite délibérée. Pour ces raisons, j'accueillerais entièrement l'appel avec dépens.

[74] I will begin by discussing the concept of “wilful misconduct” referred to in s. 53(2) of the Act, after which I will deal with the question of loss of coverage in non-marine insurance both in the civil law and at common law before finally explaining how the provisions of the *Convention* and s. 53(2) of the Act are to be read harmoniously.

### I. Facts

[75] I generally agree with Cromwell J.’s presentation of the facts. However, I wish to stress one finding of the trier of fact that I consider determinative in this case: at the time Mr. Vallée cut the cable, he sincerely believed it was not in use. At no time did the trier of fact mention a possibility that Mr. Vallée entertained a doubt in this regard when he cut the cable. The respondents have never disputed this finding or argued that the trial judge made a palpable and overriding error in interpreting the facts. But if Mr. Vallée sincerely believed that the cable had been abandoned and was not in use, it cannot be assumed that he had knowledge of the loss that would result from his cutting it. This shielded him from being deprived of coverage under his liability insurance policy while at the same time enabling him to limit his liability.

[76] Support for the trial judge’s finding can be found in the evidence that a year earlier, when Mr. Vallée had no reason to think that the cable in question was not in use, he had spotted it in the river but had not cut it. Moreover, the trial judge was right to find that Mr. Vallée had sincerely believed the cable was not in use, as it would not have made sense to find that he would have tried to cut the submarine cable, thereby putting his life in danger, if he believed it was live. Mr. Vallée *should* of course *have known* and, what is more, he should not have acted negligently or wrongfully. But that is not what is at issue in this case. The respondent Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada (“Royal”) had to establish on a balance of probabilities that at the time Mr. Vallée cut the cable, he had knowledge of the loss that would result from his act. It has not done so, however, and for this reason it cannot

[74] Je vais d’abord examiner le concept d’« inconduite délibérée » mentionné au par. 53(2) de la Loi, puis traiter de la question de la perte de la protection d’assurance dans le régime d’assurance terrestre en droit civil et en common law et, enfin, expliquer en quoi les dispositions de la *Convention* et celles du par. 53(2) de la Loi doivent être interprétées avec harmonie.

### I. Les faits

[75] Je souscris généralement à la description des faits qu’a préparée le juge Cromwell. J’insiste toutefois sur une conclusion du juge des faits qui m’apparaît déterminante en l’espèce : au moment où M. Vallée a sectionné le câble, il croyait sincèrement que ce dernier n’était pas en usage. Le juge des faits n’a jamais évoqué la possibilité qu’un doute ait pu subsister dans l’esprit de M. Vallée à cet égard lorsqu’il a sectionné le câble. Les intimées n’ont jamais contesté cette conclusion ni soutenu que le juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante dans l’interprétation des faits. Or, si M. Vallée croyait sincèrement que le câble était abandonné et hors service, on ne saurait présumer qu’il avait connaissance des dommages qu’il causerait en le sectionnant. Partant, cette situation le mettait à l’abri d’une dénégation de couverture par son assureur responsabilité, tout en lui permettant aussi de limiter sa responsabilité.

[76] Cette conclusion est d’autant plus justifiée dans les circonstances que la preuve révèle que l’année précédente, alors qu’il n’avait aucune raison l’incitant à penser que le câble en question était abandonné, M. Vallée avait également constaté sa présence dans le fleuve mais ne l’avait pas sectionné. De plus, le juge des faits était fondé à conclure que M. Vallée croyait sincèrement que le câble était abandonné, puisqu’il était illogique de considérer que M. Vallée aurait tenté de sectionner le câble sous-marin et ainsi mis sa vie en danger s’il croyait que celui-ci était sous tension. Bien sûr, M. Vallée *aurait dû savoir*, tout comme il n’aurait pas dû avoir un comportement négligent ou fautif. Il ne s’agit cependant pas là de la question à résoudre en l’espèce. L’intimée Royal & Sun Alliance du Canada, société d’assurances (« Royal ») devait établir, par une preuve prépondérante, que M. Vallée avait

be found that Mr. Vallée's misconduct was *wilful* within the meaning of s. 53(2) of the Act.

## II. Wilful Misconduct

[77] Article 4 of the *Convention* has the force of law in Canada pursuant to s. 26 of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6. This article's purpose is to enable an insured to limit his or her civil liability. It establishes a subjective criterion: a person who has caused a loss cannot limit his or her liability if he or she *intended* to cause the loss, or committed the act that caused the loss recklessly and with knowledge that such a loss would probably result. To trigger the bar on limitation provided for in art. 4 of the *Convention*, it is necessary to establish intention or subjective knowledge on the part of the person who caused the loss.

[78] Section 53(2) of the Act, like art. 4 of the *Convention*, also establishes a subjective criterion, "wilful misconduct", although it does not contain an exhaustive definition of that concept. An act cannot be characterized as wilful misconduct unless it is proven that the insured intended the result of his or her act or was reckless in that regard. Thus, in the words used by Cromwell J. at para. 42 in referring to the trial judge's reasons, "“wilful misconduct” is more than negligence but requires ‘either a deliberate act intended to cause the harm, or such blind and uncaring conduct that one could say that the person was heedless of the consequences’". This definition clearly does not apply to Mr. Vallée's conduct.

[79] The relevant provisions read as follows:

### *Marine Insurance Act*

**53.** (1) Subject to this Act and unless a marine policy otherwise provides, an insurer is liable only for a loss

connaissance des dommages inhérents à son acte au moment où il a sectionné le câble. Elle n'a toutefois pas apporté cette preuve et, pour cette raison, on ne peut conclure que l'inconduite de M. Vallée était *délibérée* au sens du par. 53(2) de la Loi.

## II. L'inconduite délibérée

[77] L'article 4 de la *Convention* a force de loi au Canada en vertu de l'art. 26 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6. L'objectif de l'art. 4 est de permettre à l'assuré de limiter sa responsabilité civile. Cette disposition énonce un critère subjectif : une personne ayant causé un dommage ne peut limiter sa responsabilité si elle avait *l'intention* de provoquer le dommage ou si elle a commis l'acte générateur de responsabilité avec témérité, sachant qu'un tel dommage en résulterait probablement. L'intention ou la connaissance subjective de la personne responsable du dommage doit être établie pour entraîner la suppression de la limitation, tel que prévu à l'art. 4 de la *Convention*.

[78] Toutefois, sans définir de façon exhaustive le concept d'inconduite délibérée, le par. 53(2) de la Loi, tout comme l'art. 4 de la *Convention*, adopte également un critère subjectif : un acte ne peut être qualifié d'inconduite délibérée en l'absence de preuve que l'assuré désirait le résultat de son geste ou ne se souciait pas qu'il se réalise. Ainsi, pour reprendre les propos exprimés par le juge Cromwell au par. 42, où il se réfère à ceux du juge de première instance : « . . . l'“inconduite délibérée” ne s'entend pas de la simple négligence, mais exige “soit un acte intentionnel ayant visé à causer le préjudice, soit la conduite d'une personne qui a tellement fermé les yeux ou s'est si peu souciee des autres qu'elle n'était pas attentive à ce qui pouvait en découler” ». À l'évidence, la conduite de M. Vallée ne répond pas à cette définition.

[79] Les dispositions pertinentes sont rédigées ainsi :

### *Loi sur l'assurance maritime*

**53.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et sauf disposition contraire de la police



that is proximately caused by a peril insured against, including a loss that would not have occurred but for the misconduct or negligence of the master or crew.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), an insurer is not liable for any loss attributable to the wilful misconduct of the insured nor, unless the marine policy otherwise provides, for

(a) in the case of insurance on a ship or goods, any loss proximately caused by delay, including a delay caused by a peril insured against;

(b) ordinary wear and tear, ordinary leakage or breakage or inherent vice or nature of the subject-matter insured;

(c) any loss proximately caused by vermin; or

(d) any loss or damage to machinery not proximately caused by maritime perils.

*Convention on limitation of liability for maritime claims, 1976, as amended by the Protocol of 1996 to amend the Convention on limitation of liability for maritime claims, 1976*

*Article 1. PERSONS ENTITLED TO LIMIT LIABILITY*

1. Shipowners and salvors, as hereinafter defined, may limit their liability in accordance with the rules of this Convention for claims set out in Article 2.

. . .

4. If any claims set out in Article 2 are made against any person for whose act, neglect or default the shipowner or salvor is responsible, such person shall be entitled to avail himself of the limitation of liability provided for in this Convention.

. . .

6. An insurer of liability for claims subject to limitation in accordance with the rules of this Convention shall be entitled to the benefits of this Convention to the same extent as the assured himself.

maritime, l'assureur n'est responsable que des pertes résultant directement des périls assurés, y compris la perte qui ne se serait pas produite sans l'inconduite ou la négligence du capitaine ou de l'équipage.

(2) Sans restreindre la généralité du paragraphe (1), l'assureur n'est pas responsable des pertes attribuables à l'inconduite délibérée de l'assuré ni, sauf disposition contraire de la police :

a) dans le cas de l'assurance sur corps ou sur marchandises, des pertes résultant directement du retard, y compris le retard causé par le péril assuré;

b) de l'usure normale, de la casse ou du coulage ordinaire, ou des pertes attribuables à la nature même de la chose assurée ou à un vice qui lui est propre;

c) des pertes résultant directement du fait de la vermine;

d) des pertes ou des dommages causés à la machinerie qui ne résultent pas directement des périls de mer.

*Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes telle que modifiée par le Protocole de 1996 modifiant la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes*

*Article premier. PERSONNES EN DROIT DE LIMITER LEUR RESPONSABILITÉ*

1. Les propriétaires de navires et les assistants, tels que définis ci-après, peuvent limiter leur responsabilité conformément aux règles de la présente Convention à l'égard des créances visées à l'article 2.

. . .

4. Si l'une quelconque des créances prévues à l'article 2 est formée contre toute personne dont les faits, négligences et fautes entraînent la responsabilité du propriétaire ou de l'assistant, cette personne est en droit de se prévaloir de la limitation de la responsabilité prévue dans la présente Convention.

. . .

6. L'assureur qui couvre la responsabilité à l'égard des créances soumises à limitation conformément aux règles de la présente Convention est en droit de se prévaloir de celle-ci dans la même mesure que l'assuré lui-même.

7. The act of invoking limitation of liability shall not constitute an admission of liability.

*Article 2. CLAIMS SUBJECT TO LIMITATION*

. . .

2. Claims set out in paragraph 1 shall be subject to limitation of liability even if brought by way of recourse or for indemnity under a contract or otherwise. However, claims set out under paragraph 1(d), (e) and (f) shall not be subject to limitation of liability to the extent that they relate to remuneration under a contract with the person liable.

. . .

*Article 4. CONDUCT BARRING LIMITATION*

A person liable shall not be entitled to limit his liability if it is proved that the loss resulted from his personal act or omission, committed with the intent to cause such loss, or recklessly and with knowledge that such loss would probably result.

[80] According to Cromwell J., “wilful misconduct [includes] not only intentional wrongdoing but also conduct exhibiting reckless indifference in the face of a duty to know” (para. 58 (emphasis added)). I agree that “intentional wrongdoing” constitutes wilful misconduct. With respect, however, the second part of my colleague’s statement requires amplification. Conduct exhibiting “reckless indifference in the face of a duty to know” cannot be characterized as *wilful* misconduct unless it is proven that at the time of the wrongful act, the person who committed it had subjective knowledge of the loss that would result. To find *wilful* misconduct on the part of a person who did not have such knowledge is to disregard an essential aspect of the meaning of the word “wilful”, which, in the context of an act or an omission, means that the pros and cons — the consequences — have been weighed. The effect of doing so is to deprive the adjective “wilful” of “will”.

7. Le fait d’invoquer la limitation de la responsabilité n’emporte pas la reconnaissance de cette responsabilité.

*Article 2. CRÉANCES SOUMISES À LA LIMITATION*

. . .

2. Les créances visées au paragraphe 1 sont soumises à la limitation de la responsabilité même si elles font l’objet d’une action, contractuelle ou non, récursoire ou en garantie. Toutefois, les créances produites aux termes des alinéas d), e) et f) du paragraphe 1 ne sont pas soumises à la limitation de responsabilité dans la mesure où elles sont relatives à la rémunération en application d’un contrat conclu avec la personne responsable.

. . .

*Article 4. CONDUITE SUPPRIMANT LA LIMITATION*

Une personne responsable n’est pas en droit de limiter sa responsabilité s’il est prouvé que le dommage résulte de son fait ou de son omission personnels, commis avec l’intention de provoquer un tel dommage, ou commis témé- rairement et avec conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement.

[80] Le juge Cromwell soutient que le concept d’« inconduite délibérée inclut non seulement un acte fautif intentionnel, mais également une conduite qui témoigne d’une insouciance téméraire au vu d’une obligation de connaissance » (par. 58 (je souligne)). Je suis d’accord pour affirmer qu’un acte fautif intentionnel (« *intentional wrongdoing* ») constitue une inconduite délibérée. Toutefois, avec égards pour l’opinion contraire exprimée par mon collègue, la deuxième partie de son énoncé doit être complétée. Une conduite témoignant « d’une insouciance téméraire au vu d’une obligation de connaissance » ne sera assimilée à une inconduite *délibérée* que s’il est établi en preuve que, au moment où l’acte fautif a été accompli, son auteur avait subjectivement connaissance des dommages qui en découleraient. Conclure à l’existence d’une inconduite *délibérée* en l’absence de cette connaissance subjective revient à faire abstraction d’un aspect essentiel du sens de « *délibérée* », c’est-à-dire quelque chose — action ou omission — dont on a pesé le pour et le contre, les conséquences. En anglais, cela aurait pour effet de priver le « *wilful* » du « *will* ».

[81] As my colleague mentions, the Court considered the wilful misconduct concept in *McCulloch v. Murray*, [1942] S.C.R. 141, in which Duff C.J. stated that the term “wilful misconduct”, like “gross negligence” and “wanton misconduct”, refers to conduct in which there is a very marked departure from the conduct of a reasonable person (p. 145). However, Duff C.J. added a caveat with respect to the scope of his judgment: “I do not think it is any part of the duty of this Court, in applying the enactment before us, to define gross negligence, or to define wilful and wanton misconduct” (p. 144). He also acknowledged that the three concepts — gross negligence, wilful misconduct and wanton misconduct — are not analogous:

I am, myself, unable to agree with the view that you may not have a case in which the jury could properly find the defendant guilty of gross negligence while refusing to find him guilty of wilful or wanton misconduct. All these phrases, gross negligence, wilful misconduct, wanton misconduct, imply conduct in which, if there is not conscious wrong doing, there is a very marked departure from the standards by which responsible and competent people in charge of motor cars habitually govern themselves. Subject to that, I think it is entirely a question of fact for the jury whether conduct falls within the category of gross negligence, or wilful misconduct, or wanton misconduct. These words, after all, are very plain English words, not difficult of application by a jury whose minds are not confused by too much verbal analysis. [Emphasis added; p. 145.]

[82] This Court has in fact distinguished these concepts from one another. Thus, Kerwin J. (as he then was) observed that wilful misconduct, unlike gross negligence, necessarily implies subjective knowledge of the risks associated with the act in question: “The term ‘wilful and wanton misconduct’ denotes something subjective on the part of

[81] Comme le souligne mon collègue, la Cour a examiné le concept d’inconduite délibérée (« *wilful misconduct* ») dans l’affaire *McCulloch c. Murray*, [1942] R.C.S. 141. Le juge en chef Duff y a affirmé que, tout comme « la négligence grossière » (« *gross negligence* ») et « l’inconduite téméraire » (« *wanton misconduct* »), l’inconduite délibérée s’entend d’une conduite s’éloignant substantiellement du comportement de la personne raisonnable (p. 145). Néanmoins, le Juge en chef a effectué la mise en garde suivante quant à la portée de son jugement : [TRADUCTION] « Je n’estime pas qu’il incombe de quelque façon que ce soit à la Cour, dans l’application du texte de loi en cause, de définir ce qu’est la négligence grossière, ou encore ce qu’est l’inconduite délibérée et téméraire » (p. 144). En outre, le Juge en chef a reconnu que les trois concepts — négligence grossière, inconduite délibérée et inconduite téméraire — ne sont pas analogues :

[TRADUCTION] Personnellement, je suis incapable de me rallier à l’opinion selon laquelle il ne saurait se présenter de cas où le jury pourrait à juste titre déclarer le défendeur coupable de négligence grossière tout en refusant de conclure à sa culpabilité pour témérité délibérée ou téméraire. Toutes ces expressions, négligence grossière, inconduite délibérée, inconduite téméraire, impliquent une façon d’agir dans laquelle, s’il n’y a pas faute consciente, il y a écart très marqué vis-à-vis des normes habituellement suivies par les personnes responsables et compétentes au volant d’une automobile. Sous réserve de ces remarques, j’estime que la question de savoir si une conduite donnée appartient à la catégorie des négligences grossières, des inconduites délibérées ou des inconduites téméraires est entièrement une question de fait qui relève du jury. Il s’agit après tout de termes anglais très clairs, qui ne devraient pas être difficiles à appliquer par des jurés dont l’esprit n’a pas été embrouillé par une surabondance d’analyse verbale. [Je souligne; p. 145.]

[82] Notre Cour a effectivement distingué ces concepts. Ainsi, le juge Kerwin (plus tard Juge en chef) a souligné que, contrairement à la négligence grossière, l’inconduite délibérée suppose inévitablement une connaissance subjective des risques associés à l’acte en cause : [TRADUCTION] « L’expression “inconduite délibérée et téméraire” suppose

the driver, whereas gross negligence may be found entirely apart from what the driver thought or intended” (*Studer v. Cowper*, [1951] S.C.R. 450, at p. 455). (See also *Russell v. Canadian General Insurance Co.* (1999), 11 C.C.L.I. (3d) 284 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)), at para. 47; *Avgeropoulos v. Karanasos* (1969), 6 D.L.R. (3d) 34 (Ont. Dist. Ct.).)

[83] The meaning of the word “wilful”, and of its French equivalent “*délibéré*”, supports this interpretation. The *Le Petit Robert* dictionary (new ed. 2012) defines the adjective “*délibéré*” as follows: “*conscient, intentionnel, réfléchi, volontaire, voulu*” (conscious, intentional, thought out, intended) (p. 661). And the *Shorter Oxford English Dictionary* (5th ed. 2002) defines “wilful” as follows: “[o]f an action etc.: done on purpose; deliberate, intentional”, and “[d]one or undergone of one’s own free will; voluntary” (p. 3640).

[84] In my view, therefore, to say that “conduct exhibiting reckless indifference in the face of a duty to know” represents a manifestation of “wilful misconduct” is to disregard an essential condition of that concept. For such conduct to be considered *wilful*, it must be proven that the person who committed the act constituting misconduct had knowledge, at the very moment the act was committed, of the harmful consequences associated with it. Proving “conduct exhibiting reckless indifference in the face of a duty to know” is but the first step, as it must then be proven that this misconduct was wilful.

[85] This characteristic was discussed in the English cases filed by the appellants and by the respondent Royal. In *Lewis v. Great Western Railway Co.* (1877), 3 Q.B.D. 195 (C.A.), Bramwell L.J. said the following about wilful misconduct:

I think it would be wilful misconduct if a man did an act not knowing whether mischief would or would not result from it. I do not mean when in a state of ignorance, but

un élément subjectif de la part du conducteur, alors qu’il peut y avoir négligence grossière indépendamment de ce à quoi pensait le conducteur ou de l’intention de ce dernier » (*Studer c. Cowper*, [1951] R.C.S. 450, p. 455). (Voir également *Russell c. Canadian General Insurance Co.* (1999), 11 C.C.L.I. (3d) 284 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 47; *Avgeropoulos c. Karanasos* (1969), 6 D.L.R. (3d) 34 (C. dist. Ont.).)

[83] Le sens des mots « *délibéré* » et « *wilful* » appuie cette interprétation. *Le Petit Robert* (nouv. éd. 2012) définit l’adjectif « *délibéré* » comme « conscient, intentionnel, réfléchi, volontaire, voulu » (p. 661). Le *Shorter Oxford English Dictionary* (5<sup>e</sup> éd. 2002), définit quant à lui l’adjectif « *wilful* » comme « [o]f an action etc. : done on purpose; deliberate, intentional », « [d]one or undergone of one’s own free will; voluntary » (p. 3640).

[84] En conséquence, je crois que l’on ignore une condition essentielle de la notion d’inconduite délibérée lorsque l’on affirme qu’une « conduite qui témoigne d’une insouciance téméraire au vu d’une obligation de connaissance » en constitue une manifestation. Pour qu’une telle conduite puisse être considérée comme étant *délibérée*, il est essentiel de prouver que, au moment précis où l’acte d’inconduite a été commis, son auteur avait connaissance des conséquences dommageables associées à cet acte. La preuve d’une « conduite qui témoigne d’une insouciance téméraire au vu d’une obligation de connaissance » n’est que la première étape. Il faut ensuite prouver que cette inconduite était délibérée.

[85] Cet attribut est discuté dans la jurisprudence anglaise déposée par les appelants et l’intimée Royal. Dans l’affaire *Lewis c. Great Western Railway Co.* (1877), 3 Q.B.D. 195 (C.A.), le lord juge Bramwell s’exprimait ainsi au sujet du concept d’inconduite délibérée :

[TRADUCTION] J’estime que constituerait une inconduite délibérée le fait pour un individu d’accomplir un acte sans savoir s’il en résultera ou non un préjudice. Je

after being told, “Now this may or may not be a right thing to do.” He might say, “Well, I do not know which is right, and I do not care; I will do this.” I am much inclined to think that that would be “wilful misconduct,” because he acted under the supposition that it might be mischievous, and with an indifference to his duty to ascertain whether it was mischievous or not. [Emphasis added; p. 206.]

It is clear from Bramwell L.J.’s comments that the plaintiff must prove that at the very time of the misconduct, the person who committed the act “acted under the supposition that it might be mischievous”. The fact that the person acted “with an indifference to his duty to ascertain whether it was mischievous or not” is not itself sufficient. Thus, misconduct cannot be characterized as *wilful* unless the person who committed the act had subjective knowledge of the risks inherent in the act at the time it was committed.

[86] The definition of wilful misconduct formulated by the English Queen’s Bench Division (Commercial Court) in *Thomas Cook Group Ltd. v. Air Malta Co.*, [1997] 2 Lloyd’s Rep. 399, is also relevant. Cresswell J. said the following:

What does amount to wilful misconduct? A person wilfully misconducts himself if he knows and appreciates that it is misconduct on his part in the circumstances to do or to fail or omit to do something and yet (a) intentionally does or fails or omits to do it or (b) persists in the act, failure or omission regardless of the consequences or (c) acts with reckless carelessness, not caring what the results of his carelessness may be. (A person acts with reckless carelessness if, aware of a risk that goods in his care may be lost or damaged, he deliberately goes ahead and takes the risk, when it is unreasonable in all the circumstances for him to do so.) [Emphasis added; p. 408.]

What I understand from the third possibility, the one that most closely resembles the situation in

n’entends pas par là le fait d’agir dans l’ignorance, mais plutôt d’agir après qu’on lui aurait dit : « Mais ça pourrait ne pas être une bonne chose d’agir ainsi. » L’intéressé pourrait répondre : « Bien, je ne sais pas quelle est la bonne chose à faire, et je m’en fous; je vais faire l’acte en question. » Je tends fortement à croire qu’il s’agirait là d’une « *inconduite délibérée* », car l’intéressé a agi en supposant que son acte pourrait être préjudiciable et en faisant preuve d’indifférence vis-à-vis de son obligation de vérifier si cet acte était préjudiciable ou non. [Je souligne; p. 206.]

Il ressort des propos du lord juge Bramwell que le demandeur devra prouver que, au moment même où le geste d’inconduite a été commis, son auteur [TRADUCTION] « a agi en supposant que son acte pourrait être préjudiciable ». Le fait qu’il ait agi « en faisant preuve d’indifférence vis-à-vis de son obligation de vérifier si cet acte était préjudiciable ou non » n’est pas, en soi, suffisant. Ainsi, une inconduite ne pourra être qualifiée de *délibérée* que lorsque son auteur avait subjectivement connaissance des risques inhérents à son acte au moment où il a été posé.

[86] Il convient également de souligner la définition de la notion d’inconduite délibérée énoncée par la Queen’s Bench Division (Commercial Court) d’Angleterre à l’occasion de l’affaire *Thomas Cook Group Ltd. c. Air Malta Co.*, [1997] 2 Lloyd’s Rep. 399. Le juge Cresswell affirmait alors :

[TRADUCTION] Qu’est-ce qui constitue une inconduite délibérée? Fait délibéré<sup>ment</sup> preuve d’inconduite la personne qui sait et comprend bien que constitue une inconduite de sa part le fait d’accomplir ou d’omettre d’accomplir quelque chose et qui, malgré tout, a) intentionnellement accomplit ou omet d’accomplir la chose en question, b) persiste à agir ou à omettre d’agir sans égard aux conséquences ou encore c) agit avec une imprudence téméraire, sans se soucier du résultat possible de son imprudence. (Une personne agit avec une imprudence téméraire si, consciente du risque que des marchandises confiées à ses soins peuvent être perdues ou endommagées, elle va quand même délibérément de l’avant et court le risque, alors qu’il est déraisonnable de le faire eu égard à l’ensemble des circonstances.) [Je souligne; p. 408.]

Je retiens de la troisième hypothèse, soit celle qui se rapproche le plus du cas qui nous occupe,

the case at bar, is that misconduct is *wilful* if at the time the person commits the act, he or she is “aware of a risk that goods in his care may be lost or damaged”. In short, it is necessary to prove subjective knowledge of the loss at the time of the misconduct.

[87] In my opinion, this proposition is consistent with the English cases, according to which misconduct will be characterized as *wilful* only if the person liable for it intended it to happen. (See *Forder v. Great Western Railway Co.*, [1905] 2 K.B. 532; *Horabin v. British Overseas Airways Corp.*, [1952] 2 Lloyd’s Rep. 450 (Q.B.D.); *Kenyon Son v. Baxter, Hoare & Co.*, [1971] 1 Lloyd’s Rep. 232 (Q.B.D.); *Compania Maritima San Basilio S.A. v. The Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd. (The “Eurysthenes”)*, [1976] 2 Lloyd’s Rep. 171 (C.A.); *Rustenburg Platinum Mines Ltd. v. South African Airways*, [1977] 1 Lloyd’s Rep. 564 (Q.B.D. (Com. Ct.)); *Sidney G. Jones Ltd. v. Martin Bencher Ltd.*, [1986] 1 Lloyd’s Rep. 54 (Q.B.D.); *National Oilwell (UK) Ltd. v. Davy Offshore Ltd.*, [1993] 2 Lloyd’s Rep. 582 (Q.B.D. (Com. Ct.)); *National Semiconductors (UK) Ltd. v. UPS Ltd.*, [1996] 2 Lloyd’s Rep. 212 (Q.B.D. (Com. Ct.)); *Laceys Footwear (Wholesale) Ltd. v. Bowler International Freight Ltd.*, [1997] 2 Lloyd’s Rep. 369 (C.A.).)

[88] Duygu Damar adopts the same reasoning in her seminal work, *Wilful Misconduct in International Transport Law* (2011). An act characterized as “reckless” will be considered to constitute *wilful* misconduct only if the evidence shows that it was committed with “subjective recklessness”. Professor Damar illustrates such misconduct as follows: “If a person is actually aware, *i.e.* conscious of the existence of the unjustifiable risk, his recklessness is subjective, or in other words, his conduct is classified as advertent recklessness” (pp. 272-73). On the other hand, an act involving “objective recklessness” that is committed by a person who does not foresee the risk the act might entail cannot be regarded as *wilful* misconduct. Professor Damar explains this as follows:

qu’une inconduite est *délibérée* si, au moment où la personne pose son geste, elle est [TRADUCTION] « consciente du risque que des marchandises confiées à ses soins peuvent être perdues ou endommagées ». Bref, la connaissance subjective des dommages, au moment de la commission de l’inconduite, devra être prouvée.

[87] Je suis d’avis que cette proposition respecte la jurisprudence anglaise suivant laquelle une inconduite sera qualifiée de *délibérée* seulement si elle est le fruit de la volonté de la personne responsable. (Voir *Forder c. Great Western Railway Co.*, [1905] 2 K.B. 532; *Horabin c. British Overseas Airways Corp.*, [1952] 2 Lloyd’s Rep. 450 (Q.B.D.); *Kenyon Son c. Baxter, Hoare & Co.*, [1971] 1 Lloyd’s Rep. 232 (Q.B.D.); *Compania Maritima San Basilio S.A. c. The Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd. (The « Eurysthenes »)*, [1976] 2 Lloyd’s Rep. 171 (C.A.); *Rustenburg Platinum Mines Ltd. c. South African Airways*, [1977] 1 Lloyd’s Rep. 564 (Q.B.D. (Com. Ct.)); *Sidney G. Jones Ltd. c. Martin Bencher Ltd.*, [1986] 1 Lloyd’s Rep. 54 (Q.B.D.); *National Oilwell (UK) Ltd. c. Davy Offshore Ltd.*, [1993] 2 Lloyd’s Rep. 582 (Q.B.D. (Com. Ct.)); *National Semiconductors (UK) Ltd. c. UPS Ltd.*, [1996] 2 Lloyd’s Rep. 212 (Q.B.D. (Com. Ct.)); *Laceys Footwear (Wholesale) Ltd. c. Bowler International Freight Ltd.*, [1997] 2 Lloyd’s Rep. 369 (C.A.).)

[88] Duygu Damar, dans son ouvrage clé, *Wilful Misconduct in International Transport Law* (2011), adopte le même raisonnement. Un acte qualifié de « téméraire » ne sera assimilé à une inconduite délibérée que si la preuve démontre que son auteur était « subjectivement téméraire ». La professeure Damar illustre une telle inconduite de la façon suivante : [TRADUCTION] « Si l’intéressé est une personne effectivement avertie, c.-à-d. consciente de l’existence du risque injustifiable, sa témérité est alors subjective; en d’autres mots, sa conduite est considérée comme une témérité consciente » (p. 272-273). En revanche, un acte « objectivement téméraire », accompli par une personne qui ne soupçonne pas le risque que peut entraîner son acte, ne saurait être assimilé à une inconduite *délibérée*. La professeure Damar présente la situation ainsi :

Unlike subjective recklessness, the wrongdoer need not be actually aware of the unjustifiable risk under objective recklessness. It is sufficient for a finding of objective recklessness that a reasonable person would have seen the risk, even if the wrongdoer did not see it. [p. 273]

[89] Thus, knowledge that an act is reckless cannot be ascribed to an individual solely on the basis of the reasonable person standard, or on the basis that the individual had a duty to inquire further. Professor Damar states in this regard that “[objective recklessness] should . . . not be taken into consideration in transport law cases since it does not fulfil the ‘actual knowledge’ prerequisite which attaches to the degree of fault of wilful misconduct” (p. 273). The fact that a reasonable person ought to have known, or that a person had a duty to know, does not suffice to justify a finding that an act has the characteristics of wilful misconduct: it is also necessary to establish that the person intended to cause the loss, and to prove gross negligence or misconduct in which there is a very marked departure from the conduct of a reasonable person.

[90] Moreover, I adopt the comment of Peter Cane, in “*Mens Rea* in Tort Law” (2000), 20 *Oxford J. Legal Stud.* 533, that “recklessness” necessarily implies subjective knowledge of the consequences of the act. Professor Cane maintains, in effect, that “to say that a person was consciously reckless in relation to a particular outcome involves saying that they believed the outcome not to be impossible” (p. 538).

[91] For the purposes of s. 53(2) of the *Marine Insurance Act*, the respondent Royal had to prove, on a balance of probabilities, that Mr. Vallée had subjective knowledge of the risks associated with his act. I note that the evidence has not shown that he had any misgivings in this regard at the time of the incident. If after considering the possible consequences of an act, an insured sincerely,

[TRADUCTION] Contrairement à la témérité subjective, la témérité objective n’exige pas que l’auteur de la faute ait effectivement été conscient du risque injustifiable. Pour qu’il y ait eu témérité objective, il suffit que le tribunal conclue qu’une personne raisonnable aurait vu le risque, même si l’auteur de la faute ne l’a pas vu. [p. 273]

[89] Il n’est donc pas suffisant d’imputer la connaissance de la témérité d’un acte à un individu en se référant uniquement à la norme de la personne raisonnable, ou en affirmant qu’il avait le devoir de s’informer davantage. La professeure Damar affirme à cet égard que [TRADUCTION] « [la témérité objective] ne devrait [. . .] pas être prise en considération dans les affaires de droit des transports, étant donné qu’elle ne satisfait pas à la condition préalable fondée sur “la connaissance effective” se rattachant au degré de faute de l’inconduite volontaire » (p. 273). Le fait qu’une personne raisonnable aurait dû savoir, ou qu’une personne avait le devoir de savoir, n’est pas suffisant pour autoriser la conclusion qu’un acte présente les attributs d’une inconduite délibérée : il faut également établir que la personne voulait les dommages et faire la preuve d’une négligence grossière ou d’une inconduite qui présente un écart très marqué par rapport au comportement d’une personne raisonnable.

[90] En outre, je retiens des propos de Peter Cane dans « *Mens Rea* in Tort Law » (2000), 20 *Oxford J. Legal Stud.* 533, que la « témérité » (« *recklessness* ») implique nécessairement une connaissance subjective des conséquences du geste posé. Le professeur Cane soutient effectivement que le fait [TRADUCTION] « d’affirmer qu’une personne a été consciemment téméraire à l’égard d’un résultat donné revient à dire que celle-ci croyait qu’un tel résultat n’était pas impossible » (p. 538).

[91] Aux fins d’application du par. 53(2) de la *Loi sur l’assurance maritime*, l’intimée Royal devait prouver, par la prépondérance des probabilités, que M. Vallée connaissait subjectivement les risques associés à son acte. Je rappelle que la preuve n’a pas établi qu’un tel doute meublait son esprit au moment de l’incident. Si après avoir apprécié les conséquences possibles de son acte, l’assuré croit

although erroneously, believes that the act will cause no loss, his or her misconduct cannot be characterized as *wilful*.

[92] In sum, proof of “conduct exhibiting reckless indifference in the face of a duty to know” will not be sufficient to justify a finding that an individual’s act constituted *wilful* misconduct. If such proof were sufficient, it is quite possible that the act in question would constitute “misconduct” for the purposes of s. 53(2) of the Act even though it could not be characterized as *wilful*.

### III. Loss of Coverage in Non-marine Insurance

[93] To support a conclusion that wilful misconduct requires subjective knowledge of the risks, it may be helpful to consider what has been said in the civil law and common law contexts with respect to non-marine insurance. Although the schemes are not identical, each of them requires that, before an insured is deprived of coverage, he or she be proven to have had subjective knowledge of the risks associated with the act in question. The appropriateness of referring to the civil law in this regard should not be open to dispute. I agree with L’Heureux-Dubé J.A., as she then was, in *Symons General Insurance Co. v. Sabau Construction Inc.*, [1986] R.J.Q. 2823, at p. 2831, and Brossard J.A. in *Aetna Casualty and Surety Co. v. Groupe Estrie, mutuelle d’assurance contre l’incendie*, [1990] R.J.Q. 1792 (C.A.), that Quebec insurance law is based in part on the common law (see also C. Belleau, “L’harmonisation du droit civil et de la common law en droit des assurances au Québec” (1991), 32 *C. de D.* 971, at p. 973). In *Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 283, at pp. 293 and 297, this Court found that the *Civil Code of Lower Canada* effectively codified the law of marine insurance with respect to bottomry and respondentia (art. 2693), abandonment (art. 2663) and privileges (arts. 2383 and 2385).

de façon sincère, mais erronée, que son geste n’entraînera aucun préjudice, son in conduite ne peut alors être qualifiée de *délibérée*.

[92] Bref, il n’est pas suffisant de prouver qu’un individu a eu une « conduite qui témoigne d’une insouciance téméraire au vu d’une obligation de connaissance » pour que le tribunal puisse conclure que son geste constitue une in conduite *délibérée*. Si c’était le cas, le geste pourrait fort bien représenter une in conduite visée au par. 53(2) de la Loi, sans pour autant que celle-ci puisse être qualifiée de *délibérée*.

### III. La perte de protection d’assurance dans le domaine des assurances terrestres

[93] Afin d’appuyer une conclusion selon laquelle l’in conduite délibérée nécessite une connaissance subjective des risques, il peut être utile d’examiner les énoncés issus du droit civil et de la common law en matière d’assurances terrestres. Les régimes ne sont pas identiques, mais chacun requiert la preuve, avant de priver l’assuré de la protection de l’assurance, que cet assuré avait une connaissance subjective des risques associés à son geste. La pertinence de se référer aux notions de droit civil en semblable matière ne devrait pas soulever de contestation. Tout comme la juge L’Heureux-Dubé, qui siégeait alors à la Cour d’appel du Québec, dans *Symons General Insurance Co. c. Sabau Construction Inc.*, [1986] R.J.Q. 2823, p. 2831, et le juge Brossard dans *Aetna Casualty and Surety Co. c. Groupe Estrie, mutuelle d’assurance contre l’incendie*, [1990] R.J.Q. 1792 (C.A.), je note que le droit québécois des assurances est partiellement inspiré de la common law (voir également C. Belleau, « L’harmonisation du droit civil et de la common law en droit des assurances au Québec » (1991), 32 *C. de D.* 971, p. 973). Or, dans l’affaire *Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283, p. 293 et 297, notre Cour a reconnu que le *Code civil du Bas Canada* codifiait effectivement le droit de l’assurance maritime en matière de prêt à la grosse (art. 2693), de délaissement (art. 2663) et de privilèges (art. 2383 et 2385).



[94] Thus, art. 2464, para. 1 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”) provides that an insurer is liable to compensate for an injury that results from the fault of the insured unless that fault was intentional. Didier Lluelles states the following in this regard:

[TRANSLATION] . . . a manifestly inept act of an insured should not be characterized as an intentional fault if the insured was *unaware* of a risk that a loss would be the inevitable result. An unintentional gross fault is therefore covered absent an express and restrictive exclusion clause. [Emphasis in original.]

(*Précis des assurances terrestres* (5th ed. 2009), at pp. 198-99)

[95] This conclusion is supported by *Audet v. Transamerica Life Canada*, 2012 QCCA 1746 (CanLII), which the respondent Royal has submitted. In that case, Dalphond J.A. distinguished the concept of intentional fault from that of gross fault, noting that the former [TRANSLATION] “is characterized by conduct that seeks not only the realization of the risk, but also the realization of the injuries thereby caused, that is, the consequences of such conduct” (par. 91). He explained the latter as follows:

[TRANSLATION] . . . a gross fault — gross negligence being nothing more than one form of such, like recklessness even when considered rash — stems from abnormally deficient, even inexcusable, behaviour that shows complete disregard for others . . . . [para. 90]

In *Audet*, the insured, a life insurance and investment broker, was unaware of the tax incidence of the financial products he sold his clients, and they sustained a substantial financial loss as a result. The Court of Appeal held that the broker’s lack of knowledge of the tax treatment constituted neither a gross fault nor an intentional fault but, rather, an incompetence that triggered his liability and was covered by his liability insurance policy. The insurance company therefore had an obligation to provide compensation for the loss caused by the insured and could not deprive him of coverage (para. 113).

[94] Ainsi, en vertu de l’art. 2464, al. 1 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »), l’assureur est tenu de réparer le préjudice causé par la faute de l’assuré, à moins que cette faute ne soit intentionnelle. Didier Lluelles affirme ce qui suit :

. . . ne devrait pas être qualifié de faute intentionnelle le geste manifestement maladroit de l’assuré, si ce dernier *ignorait* qu’il y avait un risque qu’un dommage serait inévitablement causé. La faute lourde non intentionnelle est donc couverte, à moins d’une clause d’exclusion expresse et limitative. [En italique dans l’original.]

(*Précis des assurances terrestres* (5<sup>e</sup> éd. 2009), p. 198-199)

[95] Les enseignements de l’arrêt *Audet c. Transamerica Life Canada*, 2012 QCCA 1746, [2012] R.J.Q. 1844, soumis par l’intimée Royal appuient cette conclusion. Dans cette affaire, le juge Dalphond a distingué les notions de faute intentionnelle et de faute lourde, rappelant que la première « se caractérise par une conduite qui recherche non seulement la réalisation du risque, mais aussi celle des préjudices ainsi causés, c’est-à-dire les conséquences d’une telle conduite » (par. 91). Au sujet de la seconde, il a donné les précisions suivantes :

. . . la faute lourde, dont la négligence grossière n’est qu’une manifestation, tout comme l’insouciance, même celle qualifiée de téméraire, découle d’un comportement anormalement déficient, voire inexcusable, qui dénote un mépris complet des intérêts d’autrui . . . [par. 90]

Dans *Audet*, l’assuré, un courtier en assurance-vie et placements, ignorait les conséquences fiscales des produits financiers qu’il vendait à ses clients, situation qui a entraîné un important préjudice financier pour ces derniers. La Cour d’appel a conclu que son manque de connaissance du traitement fiscal n’était ni une faute lourde, ni une faute intentionnelle, mais plutôt une incompétence génératrice de responsabilité couverte par la police d’assurance responsabilité. La société d’assurance avait donc l’obligation d’indemniser le dommage causé par l’assuré et ne pouvait lui nier couverture (par. 113).

[96] I note in passing that both art. 2576 *C.C.Q.* (which concerns marine insurance) and s. 53(2) of the Act provide in their English versions that an insurer is not liable for a loss caused by the “wilful misconduct” of the insured. In French, on the other hand, Parliament chose to use the term “*inconduite délibérée*”, whereas the Quebec legislature used the term “*faute intentionnelle*”. The English and French versions of the *C.C.Q.* provision read as follows:

**2576.** The insurer is liable only for losses directly caused by a peril insured against.

The insurer is not liable for any such loss caused by the wilful misconduct of the insured, but he is liable if it is caused by the misconduct of the master or crew.

**2576.** L’assureur n’est tenu que des pertes et des dommages résultant directement d’un risque couvert par la police.

Il est libéré de ses obligations lorsque ces pertes et dommages résultent de la faute intentionnelle de l’assuré, mais il ne l’est pas s’ils résultent de la faute du capitaine ou de l’équipage.

The use of the words “wilful” and “*intentionnelle*” in art. 2576 attests to the importance of subjective knowledge of the risk or the loss inherent in the fault or the misconduct as a fact to be proven to justify an insurer’s decision to deprive its insured of coverage.

[97] At common law, since this Court’s decision in *Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 309, “[a]t least as far as liability insurance is concerned, it is now the law that an accident arises when the result is unintended, even if it might have been foreseen, or even if it is the adverse outcome of a calculated risk” (C. Brown, *Insurance Law in Canada* (loose-leaf), at p. 8-33).

[98] In short, the interpretation of the wilful misconduct concept that I propose is compatible with both the civil law and the common law: to

[96] Je signale au passage que tant la version anglaise de l’art. 2576 *C.c.Q.* (qui traite d’assurance maritime) que celle du par. 53(2) de la Loi indiquent que l’assureur n’est pas tenu d’indemniser lorsque le préjudice résulte d’une « *wilful misconduct* » de l’assuré. Alors que le législateur fédéral a choisi le terme « *inconduite délibérée* » en français, le législateur québécois a retenu le terme « *faute intentionnelle* ». Voici les versions française et anglaise de la disposition du *C.c.Q.* :

**2576.** L’assureur n’est tenu que des pertes et des dommages résultant directement d’un risque couvert par la police.

Il est libéré de ses obligations lorsque ces pertes et dommages résultent de la faute intentionnelle de l’assuré, mais il ne l’est pas s’ils résultent de la faute du capitaine ou de l’équipage.

**2576.** The insurer is liable only for losses directly caused by a peril insured against.

The insurer is not liable for any such loss caused by the wilful misconduct of the insured, but he is liable if it is caused by the misconduct of the master or crew.

L’emploi des mots « *intentionnelle* » et « *wilful* » (« *délibérée* ») à l’art. 2576 témoigne de l’importance de la connaissance subjective des risques ou dommages inhérents à la faute ou à l’inconduite comme élément devant être établi pour que l’assureur soit autorisé à nier couverture à son assuré.

[97] En common law, depuis la décision de notre Cour dans l’affaire *Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 309, [TRADUCTION] « [à] tout le moins en ce qui concerne l’assurance de responsabilité, il est maintenant établi en droit qu’on est en présence d’un accident lorsque le résultat n’était pas voulu, même s’il était possible de le prévoir, ou même s’il s’agit d’une conséquence défavorable d’un risque calculé » (C. Brown, *Insurance Law in Canada* (feuilles mobiles), p. 8-33).

[98] Bref, l’interprétation du concept d’inconduite délibérée que je propose est en harmonie avec le droit civil et la common law : pour être autorisé à nier

justifiably deprive an insured of coverage under the Act, the insurer must prove that the insured had subjective knowledge of the consequences and the risks inherent in his or her acts.

IV. Relationship Between Limitation of Liability Under the *Convention* and Section 53(2) of the Act

[99] Moreover, it is clear from the circumstances that led to the drafting of the *Convention* that the provisions relating to the limitation of liability must be read harmoniously with the one under which an insured could lose the benefit of his or her liability insurance policy.

[100] The *travaux préparatoires* of the *Convention*, which, according to art. 32 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, constitute a supplementary means of interpretation, reveal that the drafters were seeking at the time to tie the right to limit liability to the legal rules governing insurance coverage in the event of *wilful misconduct*. I note in this regard that the *travaux préparatoires* referred to s. 55(2)(a) of the *Marine Insurance Act, 1906* (U.K.), 6 Edw. 7, c. 41, the forerunner of s. 53 of the Act:

The words “recklessly and with knowledge that such loss would probably occur” come very near to the English legal term “wilful misconduct”, which normally is the degree of blame required if the insurance cover shall be forfeited (*Marine Insurance Act (1906) Sect. 55(2)a*). The proposed text, therefore, implies that there will be right of limitation where the insurance cover is intact. Making the limitation unbreakable to this extent should make possible a significant raise of the limits of liability. [Emphasis added.]

(Comité Maritime International, *The Travaux Préparatoires of the LLMC Convention, 1976 and of the Protocol of 1996* (2000), at p. 122)

[101] Moreover, Professor Damar suggests that to conclude that a person whose wilful misconduct has caused damage would not as a result of that

couverture selon les dispositions de la Loi, l’assureur devra prouver que l’assuré avait une connaissance subjective des conséquences et des risques inhérents aux gestes et aux actes qu’il a posés.

IV. Le lien entre la limitation de responsabilité de la *Convention* et le par. 53(2) de la Loi

[99] L’analyse des circonstances qui ont mené à l’élaboration de la *Convention* permet également de conclure que les dispositions prévoyant la limitation de responsabilité doivent être interprétées en harmonie avec celle en vertu de laquelle un assuré risque de perdre le bénéfice de sa police d’assurance responsabilité.

[100] Les travaux préparatoires de la *Convention*, qui selon l’art. 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, constituent un moyen complémentaire d’interprétation des traités, révèlent que les rédacteurs cherchaient à l’époque à arrimer le droit de limiter la responsabilité aux règles de droit régissant la protection d’assurance en cas d’*inconduite délibérée*. À cet égard, je note que les travaux préparatoires se réfèrent à l’al. 55(2)(a) de la *Marine Insurance Act, 1906* (R.-U.), 6 Edw. 7, ch. 41, soit l’ancêtre de l’art. 53 de Loi :

[TRADUCTION] Les mots « *recklessly and with knowledge that such loss would probably occur* » (« témérairement et avec conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement ») se rapprochent considérablement du terme juridique anglais « *wilful misconduct* », lequel constitue normalement le caractère répréhensible requis pour justifier la déchéance de la couverture d’assurance (*Marine Insurance Act (1906) Sect. 55(2)a*). Le texte proposé implique donc qu’il y a droit à limitation de responsabilité lorsque la couverture d’assurance est intacte. Protéger dans cette mesure le caractère immuable de la limitation devrait permettre une hausse appréciable des limites de la responsabilité. [Je souligne.]

(Comité Maritime International, *The Travaux Préparatoires of the LLMC Convention, 1976 and of the Protocol of 1996* (2000), p. 122)

[101] En outre, selon la professeure Damar, conclure qu’une personne dont l’inconduite délibérée a causé un dommage ne perdrait pas de ce fait le droit

misconduct lose the right to limit his or her liability would in a way be inconsistent with the very objective of the limitation of liability system:

As mentioned before, it was alleged that one of the basic features of limited liability is the presumed fault based or strict liability regime accepted in exchange. The win-win situation created by this exchange fails when the damage is caused by the intentional wrongdoing of shipowner or carrier. If the limitation of liability was also accepted for cases where the damage incurred was caused by intentional or reckless conduct, the situation would turn into a win-lose situation in favour of the shipowner or carrier since although guilty of criminal conduct, he enjoys the benefit of the limited liability. [Emphasis added; p. 26.]

[102] It is accordingly my view that a person who can limit his or her liability for a loss resulting from certain acts should not lose the benefit of his or her insurance coverage for those same acts, as such an outcome could upset the principles of balance, consistency and fairness that underlie certain provisions with respect to insurance that reduce the coverage and protection of a liability insurance policy.

#### V. Application of the Law to the Facts

[103] In this case, I agree with the majority that Mr. Vallée did not lose the benefit of the limitation of liability pursuant to art. 4 of the *Convention*. Mr. Vallée did not act with the intention of causing the loss and was not aware that such a loss would probably result from his act. The Federal Court found that Mr. Vallée was an “honest man” (para. 1) and that he had not intended to cut a cable knowing it to be in use or live. The evidence in this regard is uncontradicted. His liability insurer can also benefit from that limitation of liability by virtue of art. 1(6) of the *Convention*.

[104] However, I cannot agree with the majority’s second conclusion with respect to s. 53(2) of the Act:

de limiter sa responsabilité défierait en quelque sorte l’objectif même du système de limitation de responsabilité :

[TRADUCTION] Comme il a été mentionné précédemment, on a affirmé que l’une des caractéristiques fondamentales du principe de la responsabilité limitée est le régime de la faute présumée ou de la responsabilité stricte qui a été accepté en échange. La situation gagnante pour tous créée par cet échange cesse d’exister lorsque le dommage est causé par une faute intentionnelle du transporteur ou du propriétaire du navire. Si la limitation de responsabilité était également acceptée dans les cas où le dommage a été causé par une conduite intentionnelle ou téméraire, la situation deviendrait une situation gagnant-perdant où le gagnant serait le transporteur ou le propriétaire du navire, car, bien que coupable d’un comportement criminel, ce dernier jouirait du bénéfice de la responsabilité limitée. [Je souligne; p. 26.]

[102] En conséquence, je suis d’avis que la personne qui, par suite de certains gestes, est tenue responsable d’un dommage mais qui peut par ailleurs limiter sa responsabilité ne devrait pas toutefois perdre le bénéfice de sa garantie d’assurance pour les mêmes gestes, car cela risquerait de rompre l’équilibre, la cohérence et l’équité qui marquent certaines dispositions d’assurance lorsqu’elles réduisent la portée et la protection d’une police d’assurance responsabilité.

#### V. Application du droit aux faits

[103] En l’espèce, je souscris à la conclusion de la majorité selon laquelle M. Vallée n’a pas perdu, en application de l’art. 4 de la *Convention*, le bénéfice de la limitation de responsabilité. Monsieur Vallée n’a pas commis son geste avec l’intention de causer les dommages survenus et il n’avait pas conscience que de tels dommages résulteraient probablement de son geste. La Cour fédérale a conclu que M. Vallée était un « homme honnête » (par. 1) et qu’il n’avait jamais eu l’intention de sectionner un câble qu’il aurait su en usage ou sous tension. Cette preuve n’est pas contredite. Son assureur responsabilité peut également en raison du par. 1(6) de la *Convention* bénéficier de cette limitation de responsabilité.

[104] Je ne peux toutefois me rallier à la seconde conclusion de la majorité basée sur le par. 53(2) de la Loi :

His conduct exhibited a reckless indifference to the possible consequences of his actions of which he was actually aware. He thus committed an act of wilful misconduct: he ran an unreasonable risk with subjective knowledge of that risk and indifference as to the consequences. [para. 65]

The majority fail to take into account the uncontested finding of fact that Mr. Vallée sincerely believed the cable was not in use when he cut it. Also, in my respectful opinion, the majority incorporate a new objective test into the analysis under s. 53(2) of the Act. Since that provision requires that a purely subjective test be satisfied by proof on a balance of probabilities, and given that the trial judge's findings of fact have not been set aside, it must be concluded as a matter of law that Mr. Vallée did not commit an act of wilful misconduct within the meaning of s. 53(2) of the Act.

[105] Mr. Vallée was clearly negligent in cutting the cable of the respondents TELUS Communications Company, Hydro-Québec and Bell Canada on two occasions. The Federal Court recognized that Mr. Vallée owed a duty of care to those companies.

[106] Nevertheless, nothing in the record supports a finding that M. Vallée actually knew or had any suspicion that the cable was in use. Quite the contrary, the Federal Court acknowledged from the outset that he was an “honest man” and that he was “[m]ortified” (para. 43) when he realized what he had done. It noted several times that he actually believed that the “cable was useless” (para. 75; see also paras. 5 and 28-29). In particular, the trial judge stated that Mr. Vallée had concluded that the cable was no longer in use on seeing, on a chart, or map, in a Baie-Comeau museum, the word “*abandonné*” (abandoned) on a line crossing the river at the place where he usually fished (para. 40). After seeing that chart, Mr. Vallée sincerely, albeit erroneously, believed that the cable was not in use.

Il a manifesté une insouciance téméraire vis-à-vis des conséquences possibles de ses actes dont il était bel et bien conscient. Il y a donc eu inconduite délibérée de sa part : il a couru un risque déraisonnable dont il avait subjectivement conscience et il a fait preuve d'insouciance quant aux conséquences. [par. 65]

En effet, la majorité omet de tenir compte de la conclusion de fait non contestée selon laquelle M. Vallée croyait sincèrement que le câble était abandonné au moment où il l'a sectionné. Avec égards, j'estime également que la démarche empruntée par la majorité intègre un nouveau critère objectif à l'analyse applicable à l'égard du par. 53(2) de la Loi. Comme cette disposition exige qu'il soit satisfait par une preuve prépondérante à un critère purement subjectif et comme les conclusions de fait du juge de première instance n'ont pas été écartées, il faut conclure en droit que M. Vallée n'a pas commis une inconduite délibérée visée au par. 53(2) de la Loi.

[105] Il coule de source que M. Vallée a été négligent en sectionnant à deux reprises le câble des intimées la Société TELUS Communications, Hydro-Québec et Bell Canada. Comme l'a reconnu la Cour fédérale, M. Vallée avait un devoir de diligence envers ces sociétés.

[106] Cela dit, rien dans le dossier ne permet de conclure que M. Vallée savait effectivement que le câble était utilisé ou qu'il avait quelque soupçon à cet égard. Bien au contraire, la Cour fédérale a reconnu d'entrée de jeu que M. Vallée est un « homme honnête », et qu'il était « [m]ortifié » (par. 43) des conséquences de ses actes. Elle a reconnu à plusieurs reprises que M. Vallée croyait effectivement que le « câble était inutile » (par. 75; voir aussi par. 5 et 28-29). En particulier, le juge de première instance a précisé que M. Vallée avait tiré la conclusion que le câble était hors d'usage après avoir vu, sur une carte dans un musée à Baie-Comeau, le mot « abandonné » inscrit sur une ligne traversant le fleuve là où il avait l'habitude de pêcher (par. 40). À la suite de la consultation de cette carte, M. Vallée a cru sincèrement, mais erronément, que le câble était abandonné.

[107] Nor is there any support in the record for a conclusion that Mr. Vallée had knowledge of the loss that would result, let alone that he intended to cause such a loss. On the contrary, it is clear from the facts as found that he believed the cable was not in use and that it therefore had “no value” (para. 77). The Federal Court stressed that as soon as Mr. Vallée had learned about the damage he had caused, he voluntarily turned himself in to the authorities (para. 43). The trial judge pointed out that Mr. Vallée’s act could very well have put his life in danger: had the cable been a live electrical cable, he could have been electrocuted (para. 32). Even though Mr. Vallée knew that a submarine cable could be used to transmit electricity (A.R., vol. III, at p. 111), he took action and cut the cable. In my opinion, it is not reasonable to find that he harboured any suspicion that the cable was still in use.

[108] The Federal Court and the Federal Court of Appeal carefully refrained from finding that Mr. Vallée had knowledge of a risk of causing a loss. On the contrary, the Federal Court concluded: “All that can be said is that if Mr. Vallée knew Sunoque I was a cable in use, he would not have cut it” (para. 29). That court instead went no further than to state that M. Vallée *ought to have known*.

[109] In conclusion, the respondent Royal had to establish that when the insured, Mr. Vallée, committed his wrongful act, he intended to cause the loss, or had knowledge that such a loss could result from his act. The trial judge found that when Mr. Vallée cut the cable, he sincerely believed it was not in use. The respondent Royal has therefore not discharged its burden of proof, and just as Mr. Vallée had not, pursuant to arts. 1, 2 and 4 of the *Convention*, lost the right to limit his liability, he could also benefit from his liability insurance coverage and require his insurers to take up his defence and to indemnify the victims, if necessary.

[107] En outre, rien au dossier ne permet d’imputer à M. Vallée la connaissance de la réalisation des dommages et encore moins son intention de causer de tels dommages. Au contraire, les faits avérés confirment que M. Vallée croyait que le câble était abandonné et qu’il était ainsi « sans valeur » (par. 77). La Cour fédérale a souligné que, dès qu’il a été informé des dommages qu’il avait causés, M. Vallée s’est présenté volontairement aux autorités (par. 43). Le juge de première instance a souligné que le geste posé par M. Vallée aurait très bien pu mettre sa vie en danger, car si le câble avait été sous tension, il aurait pu s’électrocuter (par. 32). Monsieur Vallée savait qu’un câble sous-marin peut être sous tension (d.a., vol. III, p. 111), mais il est néanmoins passé à l’action et a sectionné le câble, et je ne crois pas qu’on puisse raisonnablement considérer qu’il avait quelque soupçon que le câble était toujours utilisé.

[108] La Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale se sont bien gardées d’imputer à M. Vallée la connaissance d’un risque de causer un dommage. Au contraire, la première a d’ailleurs tiré la conclusion suivante : « . . . il est possible d’en déduire sans se tromper que si M. Vallée avait su que le Sunoque I était un câble utilisé, il ne l’aurait pas sectionné » (par. 29). Elle s’est plutôt limitée à affirmer que M. Vallée *aurait dû savoir*.

[109] En conclusion, l’intimée Royal devait établir que, au moment où il a posé son geste fautif, l’assuré M. Vallée avait l’intention de causer les dommages survenus ou savait que de tels dommages pouvaient résulter de son geste. Le juge des faits a conclu que, lorsqu’il a sectionné le câble, M. Vallée croyait sincèrement que ce dernier était abandonné. En conséquence, l’intimée Royal ne s’est pas acquittée du fardeau de preuve qui lui incombait, et tout comme il n’avait pas perdu, en application des art. 1, 2, et 4 de la *Convention*, le droit de limiter sa responsabilité, l’assuré M. Vallée pouvait également bénéficier de sa garantie d’assurance responsabilité et obliger ses assureurs à prendre fait et cause pour lui et à indemniser les victimes le cas échéant.

[110] For these reasons, I would allow the appeal with costs throughout.

*Appeal allowed in part with costs, WAGNER J. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellants: Brisset Bishop, Montréal.*

*Solicitors for the respondents TELUS Communications Company, Hydro-Québec and Bell Canada: Langlois Kronström Desjardins, Québec.*

*Solicitors for the respondent the Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada: Robinson Sheppard Shapiro, Montréal.*

[110] Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvoi accueilli en partie avec dépens, le juge WAGNER est dissident en partie.*

*Procureurs des appelants : Brisset Bishop, Montréal.*

*Procureurs des intimées la Société TELUS Communications, Hydro-Québec et Bell Canada : Langlois Kronström Desjardins, Québec.*

*Procureurs de l'intimée la Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances : Robinson Sheppard Shapiro, Montréal.*

**Douglas Jackson** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. JACKSON**

**2014 SCC 30**

File No.: 35622.

2014: April 23.

Present: Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Evidence — Admissibility — Defence evidence — Accused charged with first degree murder — Accused bringing pre-trial application to introduce deceased’s criminal record consisting of three firearms offences — Trial judge dismissing application on grounds that probative value of evidence was significantly outweighed by prejudicial effect of its admission — Accused convicted of second degree murder — Trial judge making no error in excluding evidence.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Sharpe and Gillese JJ.A.), 2013 ONCA 632, 301 C.C.C. (3d) 358, 311 O.A.C. 121, [2013] O.J. No. 4677 (QL), 2013 CarswellOnt 14119, upholding the accused’s conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

*Catriona Verner and Corbin Cawkell*, for the appellant.

*M. David Lepofsky*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] ABELLA J. — We do not, with respect, see any basis for interfering with the reasons of Gillese J.A. and, in particular, with her conclusion that the trial judge made no error in determining that the

**Douglas Jackson** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. JACKSON**

**2014 CSC 30**

N° du greffe : 35622.

2014 : 23 avril.

Présents : Les juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve à décharge — Accusé inculpé de meurtre au premier degré — Présentation par l’accusé avant le procès d’une demande en vue de déposer le casier judiciaire du défunt qui se composait de trois infractions liées aux armes à feu — Rejet de la demande par le juge du procès au motif que l’effet préjudiciable de cet élément de preuve s’il était admis dépasserait considérablement sa valeur probante — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Le juge du procès n’a commis aucune erreur en excluant cette preuve.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Rosenberg, Sharpe et Gillese), 2013 ONCA 632, 301 C.C.C. (3d) 358, 311 O.A.C. 121, [2013] O.J. No. 4677 (QL), 2013 CarswellOnt 14119, qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée contre l’accusé. Pourvoi rejeté.

*Catriona Verner et Corbin Cawkell*, pour l’appelant.

*M. David Lepofsky*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE ABELLA — Avec égards, nous ne voyons aucune raison d’intervenir à l’égard des motifs de la juge Gillese de la Cour d’appel et particulièrement à l’égard de sa conclusion selon



minimal probative value of the proposed evidence was substantially outweighed by its prejudicial effect.

[2] The appeal is accordingly dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Hicks Adams, Toronto.*

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

laquelle le juge du procès n'a commis aucune erreur en décidant que l'effet préjudiciable de l'élément de preuve proposé dépassait considérablement son infime valeur probante.

[2] L'appel est en conséquence rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Hicks Adams, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

**Ministry of Community Safety  
and Correctional Services** *Appellant*

v.

**Information and  
Privacy Commissioner** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada  
and Information Commissioner  
of Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: ONTARIO (COMMUNITY SAFETY  
AND CORRECTIONAL SERVICES) v. ONTARIO  
(INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER)**

**2014 SCC 31**

File No.: 34949.

2013: December 5; 2014: April 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Access to information — Exemptions — Confidentiality provisions — Requester seeking disclosure of number of offenders registered under sex offender registry residing in areas designated by first three digits of Ontario's postal codes — Government institution denying request on grounds of exemptions contained in Freedom of Information and Protection of Privacy Act — Information and Privacy Commission ordering disclosure — Standard of review of Commission's decision — Whether Commission made reviewable error in interpreting applicable legislation — Whether Commission applied appropriate evidentiary standard with regards to harms-based exemptions — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 14, 67 — Christopher's Law (Sex Offender Registry), 2000, S.O. 2000, c. 1, ss. 10, 13.*

A requester sought disclosure from the Ministry of Community Safety and Correctional Services of the

**Ministère de la Sécurité communautaire  
et des Services correctionnels** *Appelant*

c.

**Commissaire à l'information et  
à la protection de la vie privée** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada  
et Commissaire à l'information  
du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ONTARIO (SÉCURITÉ  
COMMUNAUTAIRE ET SERVICES CORRECTIONNELS)  
c. ONTARIO (COMMISSAIRE À L'INFORMATION ET À  
LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE)**

**2014 CSC 31**

N° du greffe : 34949.

2013 : 5 décembre; 2014 : 24 avril.

Présents : Les juges LeBel, Abella, Rothstein,  
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

*Accès à l'information — Exceptions — Disposition traitant du caractère confidentiel — Demande de divulgation du nombre de délinquants inscrits au registre des délinquants sexuels qui résident dans des régions désignées par les trois premiers caractères des codes postaux de l'Ontario — Rejet de la demande par une institution gouvernementale sur la base d'exceptions prévues par la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée — Divulgence ordonnée par la Commissaire à l'information et à la vie privée — Norme de contrôle applicable à cette décision — La Commissaire a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en interprétant la loi applicable? — La Commissaire a-t-elle appliqué la bonne norme de preuve à l'égard des exceptions reposant sur le risque de préjudices? — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14, 67 — Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels, L.O. 2000, ch. 1, art. 10, 13.*

Une demande a été présentée au ministère de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels

number of offenders registered under its sex offender registry residing within the areas designated by the first three digits of Ontario's postal codes. The registry is established and maintained under *Christopher's Law (Sex Offender Registry), 2000* ("*Christopher's Law*"). The information contained in the Registry is kept confidential by the Ministry and police. The Ministry refused to disclose, citing law enforcement and personal privacy exemptions in the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*. The Information and Privacy Commissioner ("Commissioner") held that the exemptions do not apply and ordered disclosure. The Commissioner's decision was upheld on judicial review and on appeal.

*Held*: The appeal should be dismissed.

The Commissioner made no reviewable error in ordering disclosure. The applicable standard of review is reasonableness. The Commissioner was required to interpret *Christopher's Law* for the narrow purpose of determining whether it contained a confidentiality provision that prevails over the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*. This task was intimately connected to her core functions. The Commissioner reasonably concluded that the Ministry did not provide sufficient evidence that disclosure could lead to the identification of offenders or of the risks of the harms that the exemptions seek to prevent.

The Commissioner did not grant a right of access that is inconsistent with either Act. Section 67(2) of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* does not specifically provide that a confidentiality provision in *Christopher's Law* prevails and, although s. 10 of *Christopher's Law* is a confidentiality provision, neither it nor any other part of *Christopher's Law* prevails over the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*. Explicit references to *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* in *Christopher's Law* indicate that the Legislature considered the manner in which both statutes operate together. Had the Legislature intended the confidentiality provision in *Christopher's Law* to prevail, it would have included specific language to that effect. Neither s. 13 of *Christopher's Law* nor *Christopher's Law*

(« Ministère ») afin qu'il divulgue le nombre de délinquants inscrits à son registre des délinquants sexuels qui résident dans les régions désignées par les trois premiers caractères des codes postaux de l'Ontario. Ce registre est créé et maintenu sous le régime de la *Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels* (« *Loi Christopher* »). Le Ministère et la police gardent confidentiels les renseignements contenus dans le registre. Le Ministère a refusé de communiquer les renseignements demandés en invoquant des exceptions relatives à l'application de la loi et à la protection des renseignements personnels prévues par la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*. La Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée (« Commissaire ») a conclu que les exceptions ne s'appliquaient pas et a ordonné la divulgation des renseignements demandés. Sa décision a été confirmée au terme d'un contrôle judiciaire et d'un appel.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

La Commissaire n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire en ordonnant la communication des renseignements demandés. La norme de contrôle applicable est la décision raisonnable. La Commissaire devait interpréter la *Loi Christopher* dans le but précis de déterminer si celle-ci renfermait une disposition traitant du caractère confidentiel qui l'emporte sur la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*. Cette tâche était intimement liée à ses fonctions essentielles. La Commissaire a raisonnablement conclu que le Ministère n'avait pas suffisamment démontré que la communication de ces renseignements permettrait d'identifier des délinquants, et qu'il n'avait pas non plus établi suffisamment le risque de préjudice que les exceptions visent à empêcher.

La Commissaire n'a pas accordé un droit d'accès incompatible avec l'une ou l'autre des lois pertinentes. Le paragraphe 67(2) de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* ne prévoit pas expressément qu'une disposition en matière de confidentialité contenue dans la *Loi Christopher* l'emporte et, bien que l'art. 10 de la *Loi Christopher* constitue une disposition traitant de confidentialité, ni l'art. 10 ni aucune autre partie de la *Loi Christopher* ne l'emportent sur la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*. Il ressort des mentions expresses de cette loi dans la *Loi Christopher* que le législateur a tenu compte de la façon dont ces deux lois s'appliquent ensemble. Si le législateur avait voulu que la disposition de la *Loi Christopher* relative à la confidentialité l'emporte, il aurait employé des termes explicites en ce sens. Ni l'article 13 de la *Loi*

working together with the *Police Services Act* ousts the application of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*. The Commissioner did not take too narrow a view of the law enforcement exemptions under ss. 14(1)(e) and 14(1)(l) of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*. Based on the evidence and arguments before her, she properly focused on the reasonableness of any expectation that the requested disclosure would lead to the identification of sex offenders or their home addresses. Because the law enforcement exemptions do not apply, the discretion not to disclose a record under s. 14 of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* does not apply.

The Commissioner made no reviewable error with respect to the standard of proof applicable to the law enforcement exemptions. There is no difference in substance between a “reasonable expectation of probable harm” and a “reasonable basis for believing” that harm will occur. The “reasonable expectation of probable harm” formulation simply captures the need to demonstrate that disclosure will result in a risk of harm that is well beyond the merely possible or speculative, but also that it need not be proved on the balance of probabilities that disclosure will in fact result in such harm. The “reasonable expectation of probable harm” formulation should be used wherever the phrase “could reasonably be expected to” is used. The Commissioner reasonably concluded that the Ministry did not prove that the Record could be used to identify sex offenders or that it will ignite among sex offenders a subjective fear of being identified that will lead to lower compliance rates with *Christopher’s Law*.

### Cases Cited

**Applied:** *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23; **referred to:** Order PO-2312, 2004 CanLII 56430; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) v. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)* (1999), 46 O.R. (3d) 395; *Ontario (Minister of Transportation) v. Cropley*

*Christopher* ni l’application conjuguée de cette loi avec la *Loi sur les services policiers* n’excluent l’application de la *Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée*. La Commissaire n’a pas interprété de façon trop restrictive les exceptions relatives à l’application de la loi prévues aux al.14(1)e) et 14(1)l) de la *Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée*. Eu égard à la preuve et aux arguments qui lui ont été présentés, elle a à juste titre porté son attention sur la question de savoir s’il était raisonnable de s’attendre à ce que la communication demandée permette d’identifier des délinquants sexuels ou de découvrir l’adresse de leur domicile. Comme les exceptions relatives à l’application de la loi ne s’appliquent pas, le pouvoir discrétionnaire de refuser la divulgation d’un document en vertu de l’art. 14 de la *Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée* ne s’applique pas.

La Commissaire n’a pas commis d’erreur susceptible de contrôle en ce qui concerne la norme de preuve applicable à l’égard des exceptions relatives à l’application de la loi. Il n’existe aucune différence de fond entre la notion de « risque vraisemblable de préjudice probable » et celle des « motifs raisonnables de croire » qu’un préjudice se produira. Le critère du « risque vraisemblable de préjudice probable » ne fait qu’exprimer la nécessité d’établir que la divulgation occasionnera un risque de préjudice selon une norme qui est beaucoup plus exigeante qu’une simple possibilité ou conjecture, mais qui n’atteint cependant pas celle d’établir, selon la prépondérance des probabilités, que la divulgation occasionnera effectivement un tel préjudice. Le critère du « risque vraisemblable de préjudice probable » devrait être utilisé chaque fois que le législateur emploie la formule « risquerait vraisemblablement de ». La Commissaire a raisonnablement conclu que le Ministère n’avait pas établi que le document demandé pouvait être utilisé pour identifier des délinquants sexuels ou que sa divulgation susciterait chez les délinquants sexuels la crainte subjective d’être identifiés, laquelle entraînerait une diminution du taux de conformité à la *Loi Christopher*.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23; **arrêts mentionnés :** ordonnance PO-2312, 2004 CanLII 56430; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) c. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)* (1999), 46 O.R. (3d) 395; *Ontario (Minister*

(2005), 202 O.A.C. 379; *Ontario (Minister of Finance) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 757; *Ontario (Minister of Health and Long-Term Care) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner)* (2004), 73 O.R. (3d) 321; *Ontario (Attorney General) v. Pascoe* (2002), 166 O.A.C. 88; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; Order PO-2518, 2006 CanLII 50861; Order PO-3157, 2013 CanLII 28809; *Chesal v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66.

### Statutes and Regulations Cited

*Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 20(1)(c).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 1.  
*Christopher's Law (Sex Offender Registry)*, 2000, S.O. 2000, c. 1, preamble, ss. 2, 3, 10, 11(1), (2), 13.  
*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 2(1) "personal information", Part II, 10, 12 to 22, Part III, 39(2), 42(1)(e), 67.  
*Members' Integrity Act*, 1994, S.O. 1994, c. 38, s. 29(2).  
*Mining Act*, R.S.O. 1990, c. M.14, s. 145(11).  
 O. Reg. 69/01, s. 2(1).  
 O. Reg. 265/98, s. 2.  
*Ontario Disability Support Program Act*, 1997, S.O. 1997, c. 25, Sch. B, s. 56(9).  
*Ontario Works Act*, 1997, S.O. 1997, c. 25, Sch. A, s. 75(9).  
*Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, s. 41(1.1), (1.2).

### Authors Cited

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

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Sharpe and Epstein JJ.A.), 2012 ONCA 393, 292 O.A.C. 335, [2012] O.J. No. 2575 (QL), 2012 CarswellOnt 7088, affirming a decision

of *Transportation* c. *Cropley* (2005), 202 O.A.C. 379; *Ontario (Ministre des Finances) c. Ontario (Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée)*, 2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 767; *Ontario (Minister of Health and Long-Term Care) c. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner)* (2004), 73 O.R. (3d) 321; *Ontario (Attorney General) v. Pascoe* (2002), 166 O.A.C. 88; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; ordonnance PO-2518, 2006 CanLII 50861; ordonnance PO-3157, 2013 CanLII 28809; *Chesal c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1.  
*Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels*, L.O. 2000, ch. 1, préambule, art. 2, 3, 10, 11(1), (2), 13.  
*Loi de 1994 sur l'intégrité des députés*, L.O. 1994, ch. 38, art. 29(2).  
*Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*, L.O. 1997, ch. 25, ann. B, art. 56(9).  
*Loi de 1997 sur le programme Ontario au travail*, L.O. 1997, ch. 25, ann. A, art. 75(9).  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 20(1)(c).  
*Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 2(1) « renseignements personnels », partie II, 10, 12 à 22, partie III, 39(2), 42(1)(e), 67.  
*Loi sur les mines*, L.R.O. 1990, ch. M.14, art. 145(11).  
*Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, art. 41(1.1), (1.2).  
 Règl. de l'Ont. 69/01, art. 2(1).  
 Règl. de l'Ont. 265/98, art. 2.

### Doctrine et autres documents cités

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Sharpe et Epstein), 2012 ONCA 393, 292 O.A.C. 335, [2012] O.J. No. 2575 (QL), 2012 CarswellOnt 7088, qui a confirmé une

of Aston, Low and Hourigan JJ., 2011 ONSC 3525, 282 O.A.C. 199, [2011] O.J. No. 2805 (QL), 2011 CarswellOnt 5227, affirming Order PO-2811, 2009 CanLII 43354. Appeal dismissed.

*Sara Blake, Christopher Thompson and Nadia Laeeque*, for the appellant.

*William S. Challis and David Goodis*, for the respondent.

*Christine Mohr*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Richard G. Dearden, Diane Therrien and Michael De Santis*, for the intervener the Information Commissioner of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL AND WAGNER JJ. —

## I. Overview

[1] The main question before the Court concerns the interaction between Ontario’s access to information legislation and its confidential Sex Offender Registry (“Registry”). A requester under Ontario’s *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31 (“*FIPPA*”), sought disclosure from the Ministry of Community Safety and Correctional Services (“Ministry”) of the number of offenders registered under its Registry residing within the areas designated by the first three digits of Ontario postal codes (the so-called Forward Sortation Areas or FSAs). The information in the Registry, which is established and maintained under *Christopher’s Law (Sex Offender Registry)*, 2000, S.O. 2000, c. 1 (“*Christopher’s Law*”), is confidential but is available for law enforcement purposes only to the Ministry and to police. In this respect, the Ontario Registry is different from those of some other jurisdictions which are public and this difference reflects a clear policy choice. The basis of that choice is the belief that keeping the information confidential for law enforcement purposes will

décision des juges Aston, Low et Hourigan, 2011 ONSC 3525, 282 O.A.C. 199, [2011] O.J. No. 2805 (QL), 2011 CarswellOnt 5227, laquelle avait confirmé l’ordonnance PO-2811, 2009 CanLII 43354. Pourvoi rejeté.

*Sara Blake, Christopher Thompson et Nadia Laeeque*, pour l’appelant.

*William S. Challis et David Goodis*, pour l’intimée.

*Christine Mohr*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Richard G. Dearden, Diane Therrien et Michael De Santis*, pour l’intervenante la Commissaire à l’information du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES CROMWELL ET WAGNER —

## I. Vue d’ensemble

[1] La principale question soumise à la Cour concerne l’interaction entre la loi ontarienne sur l’accès à l’information et le registre confidentiel des délinquants sexuels de cette province (« registre »). Une demande a été faite en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31 (« *LAIPVP* »), en vue d’obtenir du ministère de la Sécurité communautaire et des Services correctionnels (« Ministère ») qu’il divulgue le nombre de délinquants inscrits à son registre qui résident dans les régions désignées par les trois premiers caractères des codes postaux de l’Ontario (qui correspondent à ce qu’il est convenu d’appeler les « régions de tri d’acheminement » ou RTA). Les renseignements contenus dans le registre, qui a été créé et qui est maintenu sous le régime de la *Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels*, L.O. 2000, ch. 1 (« *Loi Christopher* »), sont confidentiels et ne peuvent être communiqués qu’au Ministère et à la police pour l’application de la loi. À cet égard, le registre ontarien est différent de celui d’autres provinces et territoires, qui sont publics.

encourage the offenders to comply with registration and reporting requirements and will help prevent vigilantism.

[2] The Ministry refused to disclose the requested information (“Record”), citing law enforcement and personal privacy exemptions, but that decision was overruled by the Information and Privacy Commissioner (“Commissioner”) who ordered disclosure. The Commissioner concluded that the Registry was subject to *FIPPA* and that none of the exemptions claimed by the Ministry applied. The information sought was not exempted personal information because it was not reasonable to expect that an individual might be identified if the information were disclosed. The harm-based law enforcement exemptions relied on by the Ministry did not apply because the evidence did not establish a reasonable expectation of harm or a reasonable basis for believing that any danger would result from disclosure. The Commissioner’s decision was upheld on judicial review by the Ontario Divisional Court and on appeal to the Ontario Court of Appeal.

[3] In this Court, the Ministry maintains that the Commissioner interpreted and applied *FIPPA* in a way that is inconsistent with *Christopher’s Law* and imposed too onerous a standard of proof in relation to the exemptions from disclosure. A subsidiary issue concerns the standard of judicial review that applies to the Commissioner’s decision.

[4] We are of the view that the Commissioner made no reviewable error in ordering disclosure. She carefully considered how *Christopher’s Law* and *FIPPA* interrelate. She reasonably concluded that disclosure could not lead to the identification of offenders or of their home addresses and that the Ministry did not provide sufficient evidence of the

Cette différence tient à un choix politique manifeste motivé par la conviction que le fait de garder les renseignements confidentiels pour l’application de la loi incitera les contrevenants à se conformer aux exigences en matière d’enregistrement et de déclaration et aidera à contrer le phénomène des justiciers.

[2] Le Ministère a refusé de communiquer les renseignements demandés en invoquant des exceptions relatives à l’application de la loi et à la protection des renseignements personnels, mais sa décision a été infirmée par la Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée (« Commissaire »), qui en a ordonné la divulgation. La Commissaire a conclu que le registre était assujéti à la *LAIPVP* et qu’aucune des exceptions invoquées par le Ministère ne s’appliquait. Les renseignements demandés n’étaient pas des renseignements personnels visés par une exception, parce qu’on ne pouvait raisonnablement s’attendre à ce qu’ils permettent d’identifier un individu s’ils étaient communiqués. Les exceptions relatives à l’application de la loi fondées sur le risque de préjudice qu’a invoquées le Ministère ne s’appliquaient pas, parce que la preuve n’établissait pas l’existence d’un risque vraisemblable de préjudice ou de motifs raisonnables de croire que leur communication présenterait une menace. La décision de la Commissaire a été confirmée par la Cour divisionnaire de l’Ontario dans le cadre d’un contrôle judiciaire et, en appel, par la Cour d’appel de l’Ontario.

[3] Le Ministère soutient devant la Cour que la Commissaire a interprété et appliqué la *LAIPVP* d’une manière incompatible avec la *Loi Christopher* et qu’elle a imposé une norme de preuve trop exigeante pour ce qui est des exceptions à la communication. Une question additionnelle a été soulevée au sujet de la norme de contrôle applicable à la décision de la Commissaire.

[4] Nous estimons que la Commissaire n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire en ordonnant la communication des renseignements demandés. Elle a examiné avec soin les interactions entre la *Loi Christopher* et la *LAIPVP* et a raisonnablement conclu que la communication de ces renseignements ne permettrait pas d’identifier

risk of the harms which the relied-on exemptions seek to prevent. We would dismiss the appeal but, as requested by the Commissioner, without costs.

## II. Facts and Judicial History

### A. *Legislative Framework: Christopher's Law and FIPPA*

#### (1) Christopher's Law

[5] In 2001, *Christopher's Law* came into force in Ontario and was the first sex offender registry law in Canada. Its adoption was prompted by a jury recommendation from the 1993 coroner's inquest into the abduction, sexual assault and murder by a convicted sex offender of an 11-year-old boy named Christopher Stephenson. Its purpose, both preventive and responsive in nature, is to create a regulatory registry scheme which aims to protect the community, reduce recidivism, increase public safety and provide the police with an important investigative tool: *Christopher's Law's* preamble; J. Benedet, "A Victim-Centred Evaluation of the Federal Sex Offender Registry" (2012), 37 *Queen's L.J.* 437.

[6] Under s. 2 of *Christopher's Law*, the Ministry must establish and maintain the Registry containing the names, dates of birth and addresses of sex offenders, as well as the sex offences for which they are serving or have served a sentence, or of which they have been convicted or found not criminally responsible on account of mental disorder. Additional contents of the Registry are prescribed by regulation (O. Reg. 69/01, s. 2(1)) and include photographs and physical descriptions of the offenders, work address and telephone number, addresses of secondary residences, as well as the name and address of any educational institution where the offender is or has enrolled, attended or worked. The Registry includes the information

des délinquants ou de connaître l'adresse de leur domicile, ajoutant que le Ministère n'avait pas suffisamment démontré le risque de préjudice que les exceptions invoquées visent à empêcher. Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi, mais, comme la Commissaire l'a demandé, le tout sans dépens.

## II. Faits et historique judiciaire

### A. *Le cadre législatif: la Loi Christopher et la LAIPVP*

#### (1) La Loi Christopher

[5] En 2001, la *Loi Christopher* est entrée en vigueur en Ontario. Il s'agissait de la première loi créant un registre des délinquants sexuels au Canada. Cette loi a été adoptée à la suite d'une recommandation formulée par un jury dans le cadre d'une enquête du coroner menée en 1993 sur l'enlèvement, l'agression sexuelle et le meurtre, par un délinquant sexuel déjà condamné, d'un garçon de 11 ans nommé Christopher Stephenson. Cette loi, qui poursuit des objectifs à la fois préventifs et curatifs, crée un régime d'enregistrement obligatoire des délinquants sexuels dans le but de protéger la société, de diminuer la récidive, d'améliorer la sécurité du public et d'offrir un outil d'enquête important à la police (préambule de la *Loi Christopher*; J. Benedet, « A Victim-Centred Evaluation of the Federal Sex Offender Registry » (2012), 37 *Queen's L.J.* 437).

[6] Selon l'art. 2 de la *Loi Christopher*, le Ministère doit créer et tenir un registre dans lequel figurent les nom, date de naissance et adresse des délinquants sexuels, ainsi que les infractions sexuelles pour lesquelles ils purgent ou ont purgé une peine ou dont ils ont été déclarés coupables ou déclarés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. Les autres renseignements à inscrire au registre sont prévus par règlement (Règl. de l'Ont. 69/01, par. 2(1)). Parmi ces renseignements, mentionnons des photographies du délinquant et son signalement, l'adresse et le numéro de téléphone de son lieu de travail, l'adresse de toute résidence secondaire, ainsi que le nom et l'adresse de tout établissement d'enseignement



provided directly by the offender, as well as information obtained from provincial and federal governments. It is computerized and can be accessed by police throughout the province.

[7] Registered sex offenders are required to report annually to the police and to promptly notify the police of any change in residence: s. 3 of *Christopher's Law*. Non-compliance is made an offence pursuant to s. 11(1) of *Christopher's Law*.

[8] The information contained in the Registry is kept confidential by the Ministry and police. The confidentiality of the Registry stands in contrast to its publicly accessible counterparts established and maintained in the United States: see Benedet, at pp. 442 and 470. The rationale for keeping the information confidential is that this encourages offenders to comply with the registration and reporting requirements, thereby making it a more useful law-enforcement tool while at the same time reducing the risk of harm to the offenders themselves resulting from vigilantism.

(2) FIPPA

[9] *FIPPA* provides for a general right of access to information that is under the control of an institution (a defined term referring to various government and related bodies), unless the record falls under the exemptions listed under ss. 12 to 22: s. 10(1). Among these exemptions is a mandatory exemption applying to third party “personal information”, a defined term in *FIPPA*, meaning in part, “recorded information about an identifiable individual”: s. 2(1). There are also discretionary exemptions relating to law enforcement, including exemptions where the disclosure could reasonably be expected to “endanger the life or physical safety of a law enforcement officer or any other person” or to “facilitate the commission of an unlawful act or hamper the control of crime”: ss. 14(1)(e) and 14(1)(l).

où le délinquant est ou était inscrit, fréquente ou a fréquenté ou travaille ou a travaillé. On trouve dans le registre des renseignements fournis directement par le délinquant, ainsi que des renseignements obtenus des gouvernements fédéral et provinciaux. Ces renseignements sont informatisés et la police y a accès partout sur le territoire de la province.

[7] Les délinquants sexuels inscrits sont tenus de se présenter chaque année à la police et de l'aviser sans délai de tout changement d'adresse (art. 3 de la *Loi Christopher*). L'omission de se conformer à la *Loi Christopher* constitue une infraction aux termes de son par. 11(1).

[8] Le Ministère et la police gardent confidentiels les renseignements contenus dans le registre. Le caractère confidentiel du registre le distingue des registres accessibles au public qui existent aux États-Unis (voir Benedet, p. 442 et 470). On justifie la confidentialité des renseignements contenus dans le registre en expliquant qu'on incite ainsi les délinquants à se conformer aux exigences en matière d'enregistrement et de déclaration, ce qui en fait un outil d'application de la loi plus utile, tout en réduisant le risque qu'un préjudice soit infligé aux délinquants par des citoyens qui s'octroieraient un rôle de justicier.

(2) La LAIPVP

[9] La *LAIPVP* reconnaît un droit général d'accès à l'information régie par une institution (terme défini par la Loi et désignant les divers organismes gouvernementaux et organismes connexes), sauf si le document demandé est visé par l'une des exceptions énumérées aux art. 12 à 22 (par. 10(1)). Parmi ces dernières, il existe une exception obligatoire applicable aux « renseignements personnels » de tiers, que la *LAIPVP* définit entre autres comme des « [r]enseignements consignés ayant trait à un particulier qui peut être identifié » (par. 2(1)). La *LAIPVP* prévoit également des exceptions discrétionnaires se rapportant à l'application de la loi, notamment lorsqu'il est raisonnable de s'attendre à ce que la divulgation ait pour effet de « constituer une menace à la vie ou à la sécurité physique d'un

The purpose of the law enforcement exemptions is to protect public safety and ensure effective law enforcement.

[10] Section 67 of *FIPPA* sets out the general priority of the Act over other confidentiality provisions in other legislation:

**67.** (1) This Act prevails over a confidentiality provision in any other Act unless subsection (2) or the other Act specifically provides otherwise.

[11] In light of s. 67(1), an institution cannot refuse to disclose a record requested under *FIPPA* on the basis that its governing legislation mandates that the information contained in the record be kept confidential. Section 67(2) lists specific confidentiality provisions which prevail over *FIPPA*. No provisions from *Christopher's Law* are listed therein.

## B. *Background Facts*

[12] A requester submitted a request to the Ministry under *FIPPA* for disclosure of the first three digits of Ontario postal codes (FSAs) and the corresponding number of registered sex offenders who reside in each. Each FSA has a specific geographical boundary, and the number of FSAs varies from region to region. For instance, the city of Ottawa has 40 FSAs, whereas the town of Dryden only has one. The number of residents in Ontario FSAs varies from less than 400 to over 110,000 individuals. The average population per FSA in Ontario is approximately 25,000 residents.

[13] The Ministry denied access, citing law enforcement and personal privacy exemptions listed under ss. 14(1)(e), 14(1)(l), 21(1), 21(2)(e), 21(2)(f) and 21(2)(h) of *FIPPA* in justifying its refusal. The requester appealed the Ministry's decision to the Information and Privacy Commissioner

agent d'exécution de la loi ou d'une autre personne » ou de « faciliter la perpétration d'un acte illégal ou d'entraver la répression du crime » (al. 14(1)e) et 14(1)l)). Les exceptions relatives à l'application de la loi ont pour objet de protéger le public et d'assurer l'application efficace de la loi.

[10] L'article 67 de la *LAIPVP* prévoit que celle-ci a généralement priorité sur toute disposition d'une autre loi qui traite du caractère confidentiel :

**67** (1) Sauf disposition contraire expresse du paragraphe (2) ou d'une autre loi, la présente loi l'emporte sur toute disposition d'une autre loi qui traite du caractère confidentiel.

[11] À la lumière du par. 67(1), une institution ne peut refuser de communiquer un document demandé en vertu de la *LAIPVP* en invoquant le fait que sa loi constitutive l'oblige à garder confidentiels les renseignements contenus dans le document demandé. Le paragraphe 67(2) énumère des dispositions précises traitant du caractère confidentiel qui l'emportent sur la *LAIPVP*. On n'y trouve aucune des dispositions de la *Loi Christopher*.

## B. *Contexte factuel*

[12] Une personne a, en vertu de la *LAIPVP*, demandé au Ministère de lui communiquer la liste des trois premiers caractères des codes postaux de l'Ontario (RTA) ainsi que le nombre correspondant de délinquants sexuels inscrits au registre dans chacune des régions en question. Chaque RTA couvre un territoire géographique déterminé et le nombre de RTA varie d'une région à l'autre. À titre d'exemple, la ville d'Ottawa compte 40 RTA, tandis que la ville de Dryden n'en a qu'une. En Ontario, le nombre d'habitants par RTA varie de moins de 400 à plus de 110 000 personnes. La population moyenne par RTA en Ontario est d'environ 25 000 habitants.

[13] Le Ministère a refusé l'accès aux documents demandés en invoquant les exceptions relatives à l'application de la loi et à la protection des renseignements personnels prévues aux al. 14(1)e) et 14(1)l), au par. 21(1), et aux al. 21(2)e), 21(2)f) et 21(2)h) de la *LAIPVP*. L'auteur de la demande a

on August 21, 2008. The Commissioner received representations from the Ministry, including an affidavit sworn by Superintendent Truax of the Ontario Provincial Police, as well as representations from the requester. Superintendent Truax's affidavit noted the high compliance rate with the Ontario Registry (over 96%) and his belief that this high rate is due in part to the Registry's confidentiality. He outlined concerns about sex offenders going "underground" in fear of vigilantism as well as general social unease, negatively affecting relations between sex offenders, the police and the public: A.F., at para. 25.

### C. *Decisions*

- (1) Information and Privacy Commissioner Decision, Order PO-2811, 2009 CanLII 43354

[14] On August 7, 2009, Senior Adjudicator John Higgins ordered the Ministry to disclose the Record to the requester. For the sake of clarity, we will refer to this decision as the Commissioner's decision.

[15] The Commissioner turned first to whether *Christopher's Law* ousted the operation of *FIPPA*. Section 67 of *FIPPA* provides that *FIPPA* will prevail over a confidentiality provision in any other Act unless the other Act specifically provides otherwise. The question was whether s. 10 of *Christopher's Law* specifically provided otherwise. Section 10 provides that, subject to collection, retention and use for specified law enforcement purposes and personnel, no one shall disclose to another person "information obtained from the sex offender registry in the course of his or her duties under this Act or received in the course of his or her duties under this Act".

[16] The Commissioner noted a previous appeal (Order PO-2312, 2004 CanLII 56430 (ON IPC))

interjeté appel de la décision du Ministère auprès de la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée le 21 août 2008. La Commissaire a reçu les observations du Ministère, et notamment un affidavit du surintendant Truax, de la Police provinciale de l'Ontario, ainsi que les observations de l'auteur de la demande. Dans son affidavit, le surintendant Truax a signalé le taux élevé de conformité des délinquants inscrits au registre ontarien (plus de 96 p. 100) et a dit croire que ce taux élevé était attribuable en partie au caractère confidentiel du registre. Il a exprimé la crainte que les délinquants sexuels n'entrent [TRADUCTION] « dans la clandestinité » par crainte des justiciers et il a également évoqué un certain malaise social général qui nuirait aux rapports entre les délinquants sexuels, la police et le public (m.a., par. 25).

### C. *Décisions*

- (1) Décision de la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée, ordonnance PO-2811, 2009 CanLII 43354

[14] Le 7 août 2009, l'arbitre principal John Higgins a ordonné au Ministère de communiquer à l'auteur de la demande le document demandé. Par souci de clarté, nous appellerons cette décision la « décision de la Commissaire ».

[15] La Commissaire s'est d'abord demandé si la *Loi Christopher* avait pour effet d'exclure l'application de la *LAIPVP*. L'article 67 de la *LAIPVP* précise que, sauf disposition contraire expresse d'une autre loi, la *LAIPVP* l'emporte sur toute disposition d'une autre loi qui traite du caractère confidentiel. Il s'agissait donc de décider si l'art. 10 de la *Loi Christopher* prévoyait expressément le contraire. L'article 10 indique que, sous réserve de la collecte, de la conservation et de l'utilisation des renseignements obtenus du registre pour des fins précises d'application de la loi et pour certains employés, nul ne doit divulguer à quiconque « les renseignements qu'il obtient du registre des délinquants sexuels ou qu'il reçoit dans l'exercice des fonctions que lui confère la présente loi ».

[16] La Commissaire a cité un appel antérieur (ordonnance PO-2312, 2004 CanLII 56430 (CIPVP))

where the former Assistant Commissioner had ruled that s. 10 of *Christopher's Law* is not a confidentiality provision that prevails over *FIPPA* because the language it uses is not specific enough to do so, and it does not directly address *FIPPA* requests, but instead refers to the disclosure of information obtained by police in the course of their duties under *Christopher's Law*. The Commissioner agreed with the conclusion in Order PO-2312 that s. 10 of *Christopher's Law* is not a confidentiality provision that prevails over *FIPPA*. The Commissioner concluded, therefore, that the information requested was subject to *FIPPA* and that the Registry, as a record under the Ministry's custody and control, is subject to the access provisions and the exemptions scheme set out in ss. 12 to 22 of *FIPPA*. Therefore, the question for the Commissioner was whether the Record requested was exempted from the general right of access provided by s. 10 of *FIPPA*: pp. 4-5.

[17] The Commissioner noted that the requester was *not* seeking access to the entire database, but only a list of FSAs and the number of registered sex offenders residing in each. Therefore, she concluded that the information was not "personal information" as defined in s. 2(1) of *FIPPA* because it could not reasonably identify any individual listed on the Registry and was therefore not exempt from disclosure on that basis under s. 21 of *FIPPA*: p. 3.

[18] The Commissioner then turned to the harm-based law enforcement exemptions under *FIPPA* at ss. 14(1)(e) and 14(1)(l). These apply when it is shown that disclosure could reasonably be expected to endanger the life or physical safety of a law enforcement officer or other person or to facilitate the commission of an unlawful act or hamper the control of crime.

ON)) dans lequel l'ancien commissaire adjoint avait décidé que l'art. 10 de la *Loi Christopher* ne constituait pas une disposition en matière de confidentialité qui l'emportait sur la *LAIPVP*, parce que son libellé n'était pas suffisamment précis et qu'il ne portait pas directement sur les demandes présentées en vertu de la *LAIPVP*, mais bien sur la divulgation de renseignements obtenus par la police dans le cadre des fonctions que lui confie la *Loi Christopher*. La Commissaire a souscrit à la conclusion tirée dans l'ordonnance PO-2312 suivant laquelle l'art. 10 de la *Loi Christopher* ne constituait pas une disposition en matière de confidentialité qui l'emportait sur la *LAIPVP*. La Commissaire a donc conclu que les renseignements demandés étaient assujettis à la *LAIPVP* et que le registre, en tant que document dont le Ministère avait la garde ou le contrôle, était assujetti aux dispositions en matière d'accès ainsi qu'au régime d'exceptions établi aux art. 12 à 22 de la *LAIPVP*. En conséquence, la question à laquelle la Commissaire devait répondre était de déterminer si le document demandé était soustrait au droit général d'accès prévu à l'art. 10 de la *LAIPVP* (p. 4-5).

[17] La Commissaire a fait observer que l'auteur de la demande *ne* réclamait *pas* l'accès à toute la base de données, mais uniquement à une liste de RTA et au nombre de délinquants sexuels inscrits habitant dans chacune d'elles. Elle a donc conclu que les renseignements n'étaient pas des « renseignements personnels » au sens du par. 2(1) de la *LAIPVP*, parce qu'ils ne permettaient pas raisonnablement d'identifier des individus inscrits au registre et qu'ils n'étaient donc pas soustraits à la communication pour ce motif en application de l'art. 21 de la *LAIPVP* (p. 3).

[18] La Commissaire s'est ensuite penchée sur les exceptions en matière d'application de la loi fondées sur le risque de préjudice qui sont prévues aux al. 14(1)e) et 14(1)l) de la *LAIPVP*. Ces exceptions s'appliquent dans les cas où l'on démontre qu'il est raisonnable de s'attendre à ce que la divulgation ait pour effet de constituer une menace à la vie ou à la sécurité physique d'un agent chargé de l'application de la loi ou d'une autre personne ou de faciliter la perpétration d'un acte illégal ou d'entraver la répression du crime.

[19] In the case of s. 14(1)(e), the Commissioner concluded that the Ministry had not established a reasonable basis for believing that endangerment would result from disclosure. The Commissioner considered the Ministry's submissions that the requested information could be cross-referenced with other publicly available information to identify the location of the sex offender's residence, that multiple requests showing movement could lead to identification, and the Ministry's concerns about citizen vigilantism, harassment of the sex offender, decreased compliance with reporting requirements and recidivism. The Commissioner noted that all the Ministry's arguments depended on identifiability and that she had previously concluded that it was not reasonable to expect that an individual could be identified if the Record were disclosed: pp. 11-14. The Commissioner expressly noted that she was not requiring that the Ministry demonstrate that harm was probable, but that even the lower threshold of a reasonable basis for believing that harm would result from disclosure was not established here: pp. 14-15.

[20] With regards to the s. 14(1)(l) exemption (facilitate the commission of an unlawful act or hamper crime control), the Commissioner noted that her conclusion according to which it was not reasonable to expect that offenders may be identified from the disclosure was sufficient to dispose of the Ministry's arguments under this exemption as well. The Commissioner was not persuaded that disclosure of the requested information could reasonably be expected to facilitate the commission of an unlawful act or hamper the control of crime: pp. 15-17.

[21] Given the conclusion that none of the exemptions applied, the disclosure of the Record was ordered: p. 17.

[19] Dans le cas de l'al. 14(1)e), la Commissaire a conclu que le Ministère n'avait pas démontré l'existence de motifs raisonnables de croire que la divulgation présenterait une menace. Elle a examiné l'argument du Ministère suivant lequel, en recoupant les renseignements demandés avec d'autres renseignements accessibles au public, il était possible de repérer le lieu de résidence du délinquant sexuel, de même que l'argument selon lequel de multiples demandes faisant état de déplacements du délinquant pourraient permettre de l'identifier. La Commissaire a également examiné les craintes exprimées par le Ministère au sujet du phénomène des justiciers, du harcèlement dont le délinquant sexuel pourrait faire l'objet, de l'éventuelle baisse de la conformité aux exigences en matière de déclaration et, enfin, de la récidive. La Commissaire a relevé que tous les arguments du Ministère dépendaient de la possibilité d'identifier le délinquant et qu'elle avait déjà conclu que l'on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'un individu puisse être identifié si le document était communiqué (p. 11-14). La Commissaire a expressément souligné qu'elle n'obligeait pas le Ministère à démontrer que le préjudice était probable, ajoutant que, dans le cas qui nous occupe, l'on n'avait pas satisfait même au critère moins exigeant de l'existence de motifs raisonnables de croire que la communication causerait un préjudice (p. 14-15).

[20] En ce qui concerne l'exception prévue à l'al. 14(1)l) — faciliter la perpétration d'un acte illégal ou entraver la répression du crime —, la Commissaire a mentionné que sa conclusion selon laquelle on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit possible d'identifier un délinquant si le document demandé était communiqué suffisait pour trancher aussi les arguments du Ministère fondés sur cette exception. La Commissaire n'était pas convaincue qu'il était raisonnable de s'attendre à ce que la divulgation des renseignements demandés ait pour effet de faciliter la perpétration d'un acte illégal ou d'entraver la répression du crime (p. 15-17).

[21] Comme elle a conclu qu'aucune des exceptions ne s'appliquait, la Commissaire a ordonné la communication du document (p. 17).

(2) Divisional Court, 2011 ONSC 3525, 282 O.A.C. 199

[22] The Ministry's application for judicial review was dismissed in brief oral reasons. The Ministry challenged only the Commissioner's conclusions on the ss. 14(1)(e) and 14(1)(l) law enforcement exemptions.

(3) Court of Appeal, 2012 ONCA 393, 292 O.A.C. 335

[23] The Ministry's further appeal was dismissed. The Court of Appeal agreed with the Divisional Court that the Commissioner's decision was reasonable. It noted that the Ministry offered little, if any, evidence that the information requested could be used to locate sex offenders within communities or engender an offender's subjective perception of this possibility, resulting in lower compliance with the Registry. The Court of Appeal found that the correct test had been applied and that the factual findings were supported by the evidence.

### III. Issues

[24] The following issues arise from the case on appeal:

A. What is the applicable standard of review of the Commissioner's decision?

B. Did the Commissioner make a reviewable error by granting a right of access for purposes that are not consistent with *Christopher's Law* or with *FIPPA*?

C. Did the Commissioner make a reviewable error in the interpretation of *FIPPA* law enforcement exemptions by applying an elevated standard for establishing a reasonable prediction of future harm to public safety and to the ability of police to control crime?

(2) Cour divisionnaire, 2011 ONSC 3525, 282 O.A.C. 199

[22] La demande de contrôle judiciaire du Ministère a été rejetée par de brefs motifs prononcés à l'audience. Le Ministère ne contestait que les conclusions tirées par la Commissaire en ce qui concerne les exceptions relatives à l'application de la loi prévues aux al. 14(1)e) et 14(1)l).

(3) Cour d'appel, 2012 ONCA 393, 292 O.A.C. 335

[23] Le second appel du Ministère a également été rejeté. La Cour d'appel s'est dite d'accord avec la Cour divisionnaire pour conclure que la décision de la Commissaire était raisonnable. Elle a souligné que le Ministère avait présenté peu d'éléments de preuve, sinon aucun, tendant à démontrer que les renseignements demandés pourraient être utilisés pour découvrir où habitent les délinquants sexuels ou susciter chez ces derniers l'impression subjective que cette possibilité existe, ce qui entraînerait une baisse de la conformité aux exigences du registre. La Cour d'appel a conclu que la Commissaire avait appliqué le bon critère et que la preuve appuyait ses conclusions de fait.

### III. Questions en litige

[24] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

A. Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision de la Commissaire?

B. La Commissaire a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en accordant un droit d'accès à des fins incompatibles avec la *Loi Christopher* ou la *LAIPVP*?

C. La Commissaire a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire dans l'interprétation des exceptions de la *LAIPVP* relatives à l'application de la loi en appliquant une norme élevée à satisfaire pour démontrer qu'on pouvait raisonnablement prévoir qu'il soit porté préjudice dans l'avenir à la sécurité des citoyens et à la capacité de la police de réprimer le crime?

[25] We will discuss them in turn.

#### IV. Analysis

##### A. *Standard of Review*

[26] Both this Court and the Ontario courts have held that a reasonableness standard of judicial review generally applies to decisions by the Commissioner interpreting and applying disclosure exemptions under *FIPPA*: see, e.g., *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815, at para. 70; *Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) v. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)* (1999), 46 O.R. (3d) 395 (C.A.) (“*Worker Advisor*”), at para. 18; *Ontario (Minister of Transportation) v. Cropley* (2005), 202 O.A.C. 379, cited in *Ontario (Minister of Finance) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 757, at para. 14; *Ontario (Minister of Health and Long-Term Care) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner)* (2004), 73 O.R. (3d) 321 (C.A.), at paras. 26-47; *Ontario (Attorney General) v. Pascoe* (2002), 166 O.A.C. 88, at para. 3. Moreover, the Court has repeatedly said that the reasonableness standard will generally apply to a tribunal interpreting its home statute or statutes closely connected to its function: see, e.g., *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 28. The Ministry concedes this general point, but argues that because the Commissioner also interpreted *Christopher's Law*, which is not her home statute, the standard of correctness should apply.

[27] We do not agree. The Commissioner was required to interpret *Christopher's Law* in the course of applying *FIPPA*. She had to interpret *Christopher's Law* for the narrow purpose of determining whether, as set out in s. 67 of *FIPPA*, it contained a “confidentiality provision” that “specifically provides” that it prevails over *FIPPA*. This task was intimately connected to her core functions under *FIPPA* relating to access to information and

[25] Nous aborderons ces questions à tour de rôle.

#### IV. Analyse

##### A. *Norme de contrôle*

[26] La Cour autant que les juridictions ontariennes ont jugé que les décisions du commissaire portant sur l'interprétation et l'application des exceptions à la divulgation prévues par la *LAIPVP* étaient, en règle générale, assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable (voir, p. ex., *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, par. 70; *Ontario (Information and Privacy Commissioner, Inquiry Officer) c. Ontario (Minister of Labour, Office of the Worker Advisor)* (1999), 46 O.R. (3d) 395 (C.A.) (« *Worker Advisor* »), par. 18; *Ontario (Minister of Transportation) c. Cropley* (2005), 202 O.A.C. 379, cité dans l'arrêt *Ontario (Ministre des Finances) c. Ontario (Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée)*, 2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 767, par. 14; *Ontario (Minister of Health and Long-Term Care) c. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner)* (2004), 73 O.R. (3d) 321 (C.A.), par. 26-47; *Ontario (Attorney General) c. Pascoe* (2002), 166 O.A.C. 88, par. 3). De plus, la Cour a affirmé à maintes reprises que la norme de la décision raisonnable s'applique en général lorsqu'un tribunal administratif interprète sa loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat (voir, p. ex., *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 28). Le Ministère concède ce point, mais soutient que, comme la Commissaire a également interprété la *Loi Christopher*, laquelle n'est pas sa loi constitutive, la norme de la décision correcte devrait plutôt s'appliquer.

[27] Nous ne sommes pas de cet avis. La Commissaire était contrainte d'interpréter la *Loi Christopher* afin d'appliquer la *LAIPVP*. Elle devait interpréter la *Loi Christopher* dans le but précis de déterminer si celle-ci renferme, aux termes de l'art. 67 de la *LAIPVP*, une « disposition [. . .] expresse » qui « traite du caractère confidentiel » et qui prévoit qu'elle l'emporte sur la *LAIPVP*. Cette tâche était intimement liée aux fonctions essentielles que lui

privacy and involved interpreting provisions in *Christopher's Law* “closely connected” to her functions. The reasonableness standard applies.

#### B. *Purposes of FIPPA and Christopher's Law*

[28] The Ministry claims that the Commissioner granted a right of access which was inconsistent with the purposes of *Christopher's Law* and of the right of access under *FIPPA*. It advances three main points with respect to this issue. We will address them in turn.

(1) Does *Christopher's Law* Contain a Confidentiality Provision That Prevails Over *FIPPA*?

[29] As noted, s. 67 of *FIPPA* provides that *FIPPA* prevails over a “confidentiality provision” in any other Act unless subsection (2) or the other Act specifically provides otherwise. Because *Christopher's Law* is not listed in s. 67(2), the issue is whether *Christopher's Law* has a confidentiality provision that “specifically provides” that it prevails over *FIPPA*.

[30] The Ministry argues that the Commissioner used s. 67 of *FIPPA* as a licence to disregard *Christopher's Law*, and that resorting to s. 67 was unnecessary because there is no conflict between both statutes: A.F., at para. 68. The Ministry also submits that *Christopher's Law* does “specifically provide” that *FIPPA* does not prevail, as required by s. 67(1) of *FIPPA*. *Christopher's Law* does so, it is argued, by a combination of ss. 10(1), 10(2), 11(2), and 13 as well as s. 41(1.1) of the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15. It appears that these points were not clearly raised at any earlier stage of this litigation.

[31] The Commissioner noted, however, that in a *previous* appeal, the Ministry had argued that s. 10

conférait la *LAIPVP* en matière d'accès à l'information et de protection de la vie privée et supposait qu'elle interprète des dispositions de la *Loi Christopher* « étroitement liées » à ses fonctions. En conséquence, la norme de la décision raisonnable s'applique.

#### B. *Objets de la LAIPVP et de la Loi Christopher*

[28] Le Ministère soutient que la Commissaire a accordé un droit d'accès incompatible avec les objectifs de la *Loi Christopher* et du droit d'accès prévu par la *LAIPVP*. Le Ministère fait valoir trois arguments à ce sujet. Nous les examinerons à tour de rôle.

(1) La *Loi Christopher* renferme-t-elle une disposition en matière de confidentialité qui l'emporte sur la *LAIPVP*?

[29] Comme nous l'avons déjà signalé, l'art. 67 de la *LAIPVP* prévoit que cette loi l'emporte sur toute disposition d'une autre loi qui « traite du caractère confidentiel », sauf disposition contraire expresse du par. (2) ou d'une autre loi. Comme la *Loi Christopher* n'est pas mentionnée au par. 67(2), la question qui se pose est de savoir si la *Loi Christopher* renferme une « disposition [. . .] expresse » qui traite du caractère confidentiel et qui prévoit qu'elle l'emporte sur la *LAIPVP*.

[30] Le Ministère soutient que la Commissaire s'est servi de l'art. 67 de la *LAIPVP* pour s'autoriser à faire abstraction de la *Loi Christopher*, ajoutant qu'il n'était pas nécessaire de recourir à l'art. 67, puisque ces deux lois ne sont pas en conflit (m.a., par. 68). Le Ministère fait par ailleurs valoir que la *Loi Christopher* renferme effectivement une « disposition [. . .] expresse » prévoyant que la *LAIPVP* ne l'emporte pas, comme l'exige le par. 67(1) de la *LAIPVP*. Suivant le Ministère, la *Loi Christopher* renferme une telle disposition par suite de l'effet combiné des par. 10(1), 10(2) et 11(2), de l'art. 13 et du par. 41(1.1) de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15. Ces questions n'ont, semble-t-il, jamais été soulevées clairement jusqu'ici dans le cadre du présent litige.

[31] La Commissaire a toutefois signalé que, dans le cadre d'un appel *antérieur*, le Ministère



of *Christopher's Law* was a confidentiality provision which prevailed over *FIPPA*. That argument was rejected in the previous appeal on the ground that s. 10, while a confidentiality provision, did not “specifically provide” that it prevailed over *FIPPA*. That same analysis was accepted by the Commissioner in this case. We find this to be a reasonable conclusion.

[32] The legislature turned its mind to the interaction between *FIPPA* and *Christopher's Law*: A.F., at para. 73. This is evidenced by explicit reference to *FIPPA* in some of *Christopher's Law's* provisions. Section 10(4), for instance, deems access to, use and disclosure of personal information by the police under ss. 10(2) and 10(3) to be in compliance with s. 42(1)(e) of *FIPPA* (which in turn provides that an institution shall not disclose personal information in its custody, except for the purpose of complying with an Act of the legislature). Such specific references to *FIPPA* indicate that the legislature considered the manner in which both statutes would operate together and the possibility of conflict. Section 67 of *FIPPA* is the mechanism the legislature chose to resolve any conflict.

[33] However, no confidentiality provision in *Christopher's Law* specifically states that *FIPPA* does not prevail over it, as s. 67(1) of *FIPPA* requires. The text of the confidentiality provision of *Christopher's Law*, s. 10(1), is the following:

**10.** (1) Subject to subsections (2) and (3), no person shall disclose to another person information obtained from the sex offender registry in the course of his or her duties under this Act or received in the course of his or her duties under this Act except as provided by this Act.

Had the legislature intended the confidentiality provision in *Christopher's Law* to prevail over *FIPPA*, it could easily have included specific language to that effect. Section 10(1) contains no

avait soutenu que l'art. 10 de la *Loi Christopher* était une disposition qui traitait du caractère confidentiel et qui l'emportait sur la *LAIPVP*. Cet argument a été rejeté dans le pourvoi en question au motif que, bien qu'il constitue une disposition traitant de confidentialité, l'art. 10 ne prévoit pas expressément qu'il l'emporte sur la *LAIPVP*. La Commissaire a souscrit à cette même analyse dans le cas qui nous occupe. Nous estimons qu'il s'agit là d'une conclusion raisonnable.

[32] Le législateur ontarien s'est intéressé à l'interaction entre la *LAIPVP* et la *Loi Christopher* (m.a., par. 73), comme en fait foi la mention expresse de la *LAIPVP* dans certaines dispositions de la *Loi Christopher*. À titre d'exemple, le par. 10(4) prévoit que la divulgation de renseignements personnels faite par la police en vertu des par. 10(2) et 10(3) est réputée être conforme à l'al. 42(1)e) de la *LAIPVP* (lequel précise à son tour qu'une institution ne doit pas divulguer les renseignements personnels dont elle a la garde, sauf pour se conformer à une loi du législateur). Il ressort de ces mentions expresses de la *LAIPVP* que le législateur a tenu compte de la façon dont ces deux lois s'appliqueraient ensemble, ainsi que de la possibilité de conflit. L'article 67 de la *LAIPVP* est le mécanisme retenu par le législateur afin de résoudre tout conflit éventuel.

[33] On ne trouve toutefois dans la *Loi Christopher* aucune disposition en matière de confidentialité qui prévoit expressément que la *LAIPVP* ne l'emporte pas sur la *Loi Christopher*, comme l'exige le par. 67(1) de la *LAIPVP*. Voici comment est libellée la disposition de la *Loi Christopher* traitant du caractère confidentiel des renseignements recueillis, soit le par. 10(1) :

**10.** (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), nul ne doit divulguer à quiconque les renseignements qu'il obtient du registre des délinquants sexuels ou qu'il reçoit dans l'exercice des fonctions que lui confère la présente loi si ce n'est comme celle-ci le prévoit.

Si le législateur avait voulu que la disposition de la *Loi Christopher* relative à la confidentialité l'emporte sur la *LAIPVP*, il aurait facilement pu employer des termes explicites en ce sens. Or, on ne trouve au

such language. The fact that s. 11(2) of *Christopher's Law* makes it an offence to contravene s. 10 does not impute the necessary specificity required by s. 67(1) of *FIPPA*.

[34] When the legislature in other statutes intended that *FIPPA* would not prevail, it found specific language to make that intent clear. For instance, s. 29(2) of the *Members' Integrity Act, 1994*, S.O. 1994, c. 38, states that “[s]ubsection (1) prevails over the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*”: see also the *Mining Act*, R.S.O. 1990, c. M.14, s. 145(11); *Ontario Disability Support Program Act, 1997*, S.O. 1997, c. 25, Sch. B, s. 56(9); *Ontario Works Act, 1997*, S.O. 1997, c. 25, Sch. A, s. 75(9). Such language leaves no room for doubt, and is notably absent from *Christopher's Law*.

[35] The Ministry also argued that s. 10(2) of *Christopher's Law* and s. 41(1.1) of the *Police Services Act* prescribe complete disclosure rules: A.F., at para. 70. Section 10(2) of *Christopher's Law*, acting as an exception to the confidentiality provision at s. 10(1), provides that the police may collect, retain and use information obtained from the Registry for any purpose under s. 41(1.1) of the *Police Services Act*. Section 41(1.1) provides that “[d]espite any other Act, a chief of police . . . may disclose personal information about an individual in accordance with the regulations.” This disclosure may be made for purposes of protecting the public or victims of crime, amongst others, when it is reasonably believed that the individual poses a significant risk of harm to other persons: s. 41(1.2) of the *Police Services Act*; O. Reg. 265/98, s. 2. The combined effect of these provisions is to allow police to disclose *personal information* about sex offenders when they are believed to pose a risk of harm to other persons, despite protections to personal privacy otherwise provided for in “any other Act”, such as *FIPPA*. The information at issue in this case is not personal information. These

par. 10(1) aucune formule de ce genre. Le fait que le par. 11(2) de la *Loi Christopher* érige en infraction la contravention à l'art. 10 n'offre pas le degré de précision exigé par le par. 67(1) de la *LAIPVP*.

[34] Lorsque, dans d'autres lois, le législateur souhaitait que la *LAIPVP* ne l'emporte pas, il a employé des mots précis pour manifester clairement cette intention. À titre d'exemple, le par. 29(2) de la *Loi de 1994 sur l'intégrité des députés*, L.O. 1994, ch. 38, dispose : « Le paragraphe (1) l'emporte sur la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* » (voir également la *Loi sur les mines*, L.R.O. 1990, ch. M.14, par. 145(11); la *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*, L.O. 1997, ch. 25, ann. B, par. 56(9); la *Loi de 1997 sur le programme Ontario au travail*, L.O. 1997, ch. 25, ann. A, par. 75(9)). Un tel libellé ne laisse aucun doute quant à sa signification. Or, il brille par son absence dans la *Loi Christopher*.

[35] Le Ministère a par ailleurs soutenu que le par. 10(2) de la *Loi Christopher* et le par. 41(1.1) de la *Loi sur les services policiers* énoncent des règles exhaustives en matière de divulgation (m.a., par. 70). Le paragraphe 10(2) de la *Loi Christopher*, qui se veut une exception à la disposition du par. 10(1) relative à la confidentialité, prévoit que la police peut recueillir, conserver et utiliser des renseignements obtenus du registre à toute fin prévue par le par. 41(1.1) de la *Loi sur les services policiers*. Le paragraphe 41(1.1), quant à lui, précise que « [m]algré toute autre loi, le chef de police [. . .] peut divulguer des renseignements personnels sur des particuliers conformément aux règlements. » Cette divulgation de renseignements peut être accomplie notamment pour protéger le public ou les victimes d'actes criminels lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une personne risque fortement de causer un préjudice à autrui (par. 41(1.2) de la *Loi sur les services policiers*; Règl. de l'Ont. 265/98, art. 2). Ces dispositions ont pour effet conjugué de permettre à la police de divulguer des *renseignements personnels* sur un délinquant sexuel lorsqu'elle croit que ce dernier

combined provisions do not specifically oust the application of *FIPPA*.

[36] The Ministry further argues, apparently for the first time in this Court, that s. 13 of *Christopher's Law* “specifically provides otherwise” as required by s. 67(1) of *FIPPA*: A.F., at para. 72. We see no merit in this submission: s. 13 does specifically mention *FIPPA*, but not in relation to *Christopher's Law's* confidentiality provisions. Section 13(1) of *Christopher's Law* provides:

**13.** (1) Personal information may be collected, retained, disclosed and used in accordance with this Act despite the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* and the *Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act*.

It is hard to see how this is a “confidentiality provision”: it authorizes the collection, retention, disclosure and use of information rather than prevents such activities. Moreover, nothing in s. 13(1) suggests that *FIPPA* does not prevail over *Christopher's Law's* confidentiality provisions. Instead, s. 13(1) relates to Part III of *FIPPA*, which *protects personal privacy*. What s. 13(1) does is *permit* the collection, retention, disclosure and use of sex offenders' personal information, *despite* the protections afforded in *FIPPA*, to which sex offenders would otherwise be entitled. Not only is this exception to the protection set out in Part III of *FIPPA* irrelevant to the present appeal, which is concerned with access under Part II of *FIPPA*, it is clear that the Record in this case does not constitute personal information. Section 13(1) is therefore inapplicable in the circumstances of this case.

risque de causer un préjudice à autrui, et ce, malgré les mécanismes de protection des renseignements personnels prévus par « toute autre loi », par exemple la *LAIPVP*. Les renseignements en litige dans la présente affaire ne sont pas des renseignements personnels. Ces dispositions conjuguées n'excluent pas expressément l'application de la *LAIPVP*.

[36] Le Ministère soutient en outre — apparemment pour la première fois devant la Cour — que l'art. 13 de la *Loi Christopher* constitue une « disposition contraire expresse » au sens du par. 67(1) de la *LAIPVP* (m.a., par. 72). Selon nous, cet argument n'est pas fondé : l'art. 13 mentionne explicitement la *LAIPVP*, mais non en ce qui concerne les dispositions de la *Loi Christopher* qui traitent de confidentialité. Le paragraphe 13(1) de la *Loi Christopher* est libellé ainsi :

**13.** (1) Des renseignements personnels peuvent être recueillis, conservés, divulgués et utilisés conformément à la présente loi malgré la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* et la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée*.

Il est difficile de concevoir en quoi il s'agit d'une « disposition [. . .] qui traite du caractère confidentiel ». Le paragraphe 13(1) autorise la collecte, la conservation, la divulgation et l'utilisation de renseignements plutôt que d'empêcher ces activités. De plus, rien au par. 13(1) ne donne à penser que la *LAIPVP* ne l'emporte pas sur les dispositions de la *Loi Christopher* en matière de confidentialité. D'ailleurs, le par. 13(1) se rapporte à la partie III de la *LAIPVP*, qui porte sur la *protection de la vie privée*. En réalité, le par. 13(1) *permet* la collecte, la conservation, la divulgation et l'utilisation de renseignements personnels concernant les délinquants sexuels *malgré* les mécanismes de protection prévus par la *LAIPVP* dont les délinquants sexuels pourraient autrement se prévaloir. Non seulement cette exception au mécanisme de protection prévu par la partie III de la *LAIPVP* n'a-t-elle rien à voir avec le présent pourvoi, qui concerne le droit d'accès prévu à la partie II de la *LAIPVP*, mais il est évident que le document demandé en l'espèce ne renferme pas de renseignements personnels. Le paragraphe 13(1) est donc inapplicable dans les circonstances de la présente affaire.

[37] Section 13(2) of *Christopher's Law* expressly holds that s. 39(2) of *FIPPA*, which requires notice to the individual whose *personal information* is being collected, does not apply. Again, because it relates to personal information, this section is irrelevant to our purposes and is of no aid to the Ministry's position. Moreover, the specific and limited reference to *FIPPA* suggests that where *Christopher's Law* was intended to prevail over aspects of the scheme established by *FIPPA*, express words were used to make that intention clear. The Ministry's argument with respect to s. 13 of *Christopher's Law* must therefore be rejected.

[38] We reject the Ministry's position and conclude that the Commissioner reasonably concluded that *Christopher's Law* does not contain a confidentiality provision that specifically indicates that it prevails over *FIPPA*. It follows that the Record is subject to *FIPPA* and its exemption scheme.

(2) The Law Enforcement Exemption

[39] The Ministry submits that the Commissioner took too narrow a view of the law enforcement exemptions and placed undue emphasis on whether disclosure would serve to identify registered sex offenders. As the Ministry expresses it, "[w]hile identification of an individual could lead to [the harms referred to in the law enforcement exemptions], these consequences can happen in circumstances where no one has been identified. Community unease and vigilantism can arise from concern about the presence in the neighbourhood of any registered sex offender regardless of his identity": A.F., at para. 44.

[40] The short but complete answer to this submission is that it was unsupported by the evidence and arguments placed before the Commissioner. The Commissioner focused on whether the disclosure could reveal sex offenders' identity or location because that was the key to the submissions placed

[37] Le paragraphe 13(2) de la *Loi Christopher* prévoit expressément que le par. 39(2) de la *LAIPVP*, qui exige que l'on avise le particulier dont les *renseignements personnels* sont recueillis, ne s'applique pas. Là encore, comme il concerne des renseignements personnels, ce paragraphe n'est pas pertinent pour les besoins de l'espèce et il n'est d'aucune utilité pour la thèse du Ministère. De plus, cette mention spécifique et limitée de la *LAIPVP* tend à indiquer que, dans les cas où la *Loi Christopher* est censée l'emporter sur d'autres aspects du régime établi par la *LAIPVP*, le législateur a employé des mots précis pour exprimer clairement cette intention. L'argument que le Ministère tire de l'art. 13 de la *Loi Christopher* doit donc être rejeté.

[38] Nous écartons la thèse du Ministère et sommes d'avis que la Commissaire a raisonnablement conclu que la *Loi Christopher* ne renferme aucune disposition en matière de confidentialité prévoyant expressément qu'elle l'emporte sur la *LAIPVP*. En conséquence, le document est assujéti à la *LAIPVP* et à son régime d'exceptions.

(2) L'exception relative à l'application de la loi

[39] Le Ministère affirme que la Commissaire a interprété de façon trop restrictive les exceptions relatives à l'application de la loi et qu'elle a accordé une trop grande importance à la question de savoir si la communication des renseignements demandés permettrait d'identifier des délinquants sexuels inscrits au registre. Comme l'explique le Ministère, [TRADUCTION] « [b]ien que l'identification d'un individu puisse causer [les préjudices mentionnés dans les exceptions relatives à l'application de la loi], ces conséquences peuvent se produire même en l'absence de toute identification. Les inquiétudes que suscite la présence, dans le quartier, d'un délinquant sexuel inscrit au registre peuvent, indépendamment de son identité, créer un malaise au sein de la collectivité et entraîner l'action de justiciers » (m.a., par. 44).

[40] La réponse brève mais complète à cette prétention est qu'elle n'est appuyée par aucun des éléments de preuve ou arguments qui ont été soumis à la Commissaire. Cette dernière a porté son attention sur la question de savoir si la communication risquait de révéler l'identité ou le lieu

before her by the Ministry. Those submissions turned on the reasonableness of any expectation that the disclosure of the Record would lead to the identification of sex offenders or their home address. Specifically, the Ministry's submissions referred to risks related to public identification, identification of the location of the sex offender's residence, and location itself as an identifier.

[41] The Ministry's submissions did not focus on general social unease in the absence of identification or location of a given sex offender; nor did they focus on sex offenders' "subjective fear" of identification. Instead, fear was discussed in relation to the objective possibility of identification. Social unease was only alluded to once in Superintendent Truax's affidavit.

[42] To the extent that the Ministry is also arguing that the Commissioner erred by focussing only on whether the disclosure could reveal the sex offender's personal identity, as opposed to also revealing his or her physical location, we are of the view that no such distinction can logically be sustained: locating a sex offender's residence is intimately related to the sex offender being identifiable. In any event, the Commissioner committed no such error. The Commissioner did consider whether disclosure of the Record could lead to the location of any given sex offender, thus leading to their identification. She contrasted this request with an earlier appeal (Order PO-2518, 2006 CanLII 50861 (ON IPC)) where she denied disclosure of *full* postal codes of sex offenders, which could allow the public to "pinpoint the location of an offender's residence within five or six houses", thus making a sex offender's location reasonably identifiable: p. 8. The Commissioner found that disclosing FSAs was not comparable: p. 10.

de résidence de délinquants sexuels parce qu'il s'agissait là de l'élément essentiel des arguments que le Ministère lui avait soumis. Ces arguments reposaient sur le fait qu'il était raisonnable de s'attendre à ce que la communication du document permette d'identifier des délinquants sexuels ou de connaître l'adresse de leur domicile. Plus précisément, dans ses arguments, le Ministère mentionnait le risque relatif à l'identification par le public, à l'établissement du lieu de résidence du délinquant sexuel et au fait que l'établissement de son lieu de résidence permettrait d'identifier ce dernier.

[41] L'argumentation du Ministère n'était pas axée sur le malaise général que susciterait au sein de la population le défaut d'identification d'un délinquant sexuel donné ou de son lieu de résidence, et elle ne portait pas non plus sur la « crainte subjective » des délinquants sexuels d'être identifiés. Le Ministère parlait plutôt de la crainte liée à la possibilité objective que le délinquant soit identifié. Quant au malaise créé au sein de la population, le surintendant Truax n'y fait allusion qu'une seule fois dans son affidavit.

[42] Dans la mesure où le Ministère affirme également que la Commissaire a commis une erreur en se limitant à déterminer si la communication risquait de dévoiler l'identité du délinquant sexuel plutôt que d'indiquer aussi l'endroit où il se trouve, nous sommes d'avis que cette distinction ne peut se justifier sur le plan logique : le fait de repérer le lieu de résidence d'un délinquant sexuel est intimement lié à la possibilité d'identifier le délinquant sexuel lui-même. En tout état de cause, la Commissaire n'a pas commis pareille erreur. Elle s'est effectivement demandé si la communication du document permettrait de savoir où habite un délinquant sexuel donné, et de l'identifier ainsi. La Commissaire a comparé cette demande à un pourvoi antérieur (ordonnance PO-2518, 2006 CanLII 50861 (CIPVP ON)) dans lequel elle avait refusé la divulgation des codes postaux *intégraux* des délinquants sexuels au motif que cette divulgation aurait permis à la population [TRADUCTION] « de localiser, à cinq ou six maisons près, le lieu de résidence d'un délinquant », ce qui permettrait raisonnablement de savoir où se trouve le délinquant sexuel (p. 8). La Commissaire a estimé que la divulgation des RTA n'était pas comparable (p. 10).

[43] The purposes of the law enforcement exemptions — protecting public safety and effective policing — are not thwarted by the Commissioner’s decision; nor did she fail to give them proper regard. She did not unreasonably narrow the law enforcement exemptions under ss. 14(1)(e) and 14(1)(l).

### (3) Discretion

[44] The Ministry also argues that the exemption under s. 14 of *FIPPA* confers a discretion to disclose the record. The exercise of this discretion involves a weighing of the purposes of the right of access under *FIPPA* (informed citizenry and democracy) against the purposes of the exemption (effective policing and public safety): A.F., at paras. 75-77. According to the Ministry, an important factor to consider in this weighing exercise is the requester’s purpose in requesting access — a purpose which, according to the Ministry, fosters neither democracy nor effective policing and public safety: A.F., at para. 80.

[45] This submission overlooks the fact that there is no discretion unless the exemption applies and, as we shall see, the Commissioner reasonably concluded that it does not. As explained in *Criminal Lawyers’ Association*, at para. 48, the discretion on the part of the Ministry is not engaged until the exemption is found to apply. The Ministry in fact had no discretion to exercise under s. 14 of *FIPPA* in this case because, as we will discuss shortly, the exemption did not apply. The Ministry’s argument that the Commissioner failed to examine whether its exercise of discretion was appropriate is without merit.

### (4) Conclusion on Second Issue

[46] The Ministry’s arguments with respect to the Commissioner’s approach to the interaction

[43] La décision de la Commissaire ne nuit pas aux objectifs recherchés par les exceptions relatives à l’application de la loi — protéger le public et assurer l’efficacité des services de police —, et la Commissaire a par ailleurs tenu compte de ces exceptions. Elle n’a pas restreint de façon déraisonnable la portée des exceptions relatives à l’application de la loi prévues aux al. 14(1)e) et 14(1)l).

### (3) Pouvoir discrétionnaire

[44] Le Ministère affirme également que l’exception prévue à l’art. 14 de la *LAIPVP* lui confère le pouvoir discrétionnaire de communiquer le document demandé. L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire implique que l’on soupèse les objectifs du droit d’accès prévu par la *LAIPVP* (l’information des citoyens et la démocratie) avec ceux que vise l’exception (l’efficacité des services policiers et la sécurité publique) (m.a., par. 75-77). Selon le Ministère, un des facteurs importants dont il y a lieu de tenir compte dans cette pondération est l’objectif visé par l’auteur de la demande, un objectif qui, suivant le Ministère, ne favorise ni la démocratie ni l’efficacité des services policiers ou la sécurité du public (m.a., par. 80).

[45] Cet argument ne tient pas compte du fait que ce pouvoir discrétionnaire n’existe que lorsque l’exception s’applique et, comme nous le verrons, la Commissaire a raisonnablement conclu qu’elle ne s’appliquait pas. Ainsi que la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Criminal Lawyers’ Association*, par. 48, le pouvoir discrétionnaire du Ministère n’entre en jeu que lorsqu’il a été conclu que l’exception s’applique. Le Ministère n’avait en fait aucun pouvoir discrétionnaire à exercer en vertu de l’art. 14 de la *LAIPVP* dans le cas qui nous occupe, parce que, comme nous le verrons sous peu, cette exception ne s’appliquait pas. L’argument du Ministère suivant lequel la Commissaire a négligé de s’interroger sur l’opportunité d’exercer son pouvoir discrétionnaire est dénué de fondement.

### (4) Conclusion sur la deuxième question

[46] Les arguments invoqués par le Ministère au sujet de la façon dont la Commissaire a abordé

between *FIPPA* and *Christopher's Law* must be rejected.

C. *Standard of Proof for the Harm-Based Law Enforcement Exemptions in FIPPA*

[47] The Ministry argues that the Commissioner did not apply the appropriate evidentiary standard with regards to the harm-based exemptions contained in *FIPPA*. Section 14 of *FIPPA* provides:

14.—(1) A head may refuse to disclose a record where the disclosure could reasonably be expected to,

(a) interfere with a law enforcement matter;

. . .

(e) endanger the life or physical safety of a law enforcement officer or any other person;

. . .

(l) facilitate the commission of an unlawful act or hamper the control of crime.

[48] With respect to the exemption contained at s. 14(1)(l), which relates to hampering the control of crime, the Commissioner held that the Ministry must provide “‘detailed and convincing’ evidence to establish a ‘reasonable expectation of harm’”: p. 11. The Commissioner added that evidence amounting to speculation of possible harm would not be sufficient. Then turning to s. 14(1)(e), which pertains to the endangerment of someone’s life, the Commissioner held that the Ministry “must provide evidence to establish a reasonable basis for believing that endangerment will result from disclosure”: *ibid.* (emphasis added).

[49] Both the Divisional Court and the Court of Appeal found that there was no basis to interfere with the Commissioner’s decision.

l’interaction entre la *LAIPVP* et la *Loi Christopher* doivent être rejetés.

C. *Norme de preuve applicable aux exceptions de la LAIPVP relatives à l’application de la loi fondées sur le risque de préjudice*

[47] Le Ministère soutient que la Commissaire n’a pas appliqué la norme de preuve adéquate en ce qui concerne les exceptions prévues par la *LAIPVP* qui reposent sur le risque de préjudice. Le texte de l’art. 14 de la *LAIPVP* dispose ainsi :

14 (1) La personne responsable peut refuser de divulguer un document s’il est raisonnable de s’attendre à ce que la divulgation ait pour effet, selon le cas :

a) de faire obstacle à une question qui concerne l’exécution de la loi;

. . .

e) de constituer une menace à la vie ou à la sécurité physique d’un agent d’exécution de la loi ou d’une autre personne;

. . .

l) de faciliter la perpétration d’un acte illégal ou d’entraver la répression du crime.

[48] Relativement à l’exception prévue à l’al. 14(1)l), qui concerne le fait d’entraver la répression du crime, la Commissaire a jugé que le Ministère doit fournir [TRADUCTION] « des éléments de preuve “détaillés et convaincants” établissant l’existence d’un “risque vraisemblable de préjudice” » (p. 11). La Commissaire a précisé qu’il ne suffirait pas de soumettre des éléments de preuve ne démontrant qu’un risque hypothétique de préjudice. Passant ensuite à l’al. 14(1)e), qui porte sur la menace à la vie d’autrui, la Commissaire a jugé que le Ministère « doit fournir des éléments de preuve démontrant qu’il existe des motifs raisonnables de croire que la divulgation présenterait une menace » (*ibid.* (nous soulignons)).

[49] La Cour divisionnaire et la Cour d’appel ont toutes les deux conclu qu’il n’y avait aucune raison de modifier la décision de la Commissaire.

[50] The Ministry, however, takes issue with the standard of proof identified by the Commissioner. It contends that the latter wrongly applied the standard of proof identified by this Court in *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23. In that decision, this Court was interpreting s. 20(1)(c) of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, which provides that a government body shall refuse to disclose information if it “could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party”. The extent of the risk of harm was thus expressed in identical language — “could reasonably be expected to” — as in *FIPPA*. A unanimous Court affirmed as correct the elaboration of this standard as a “reasonable expectation of probable harm”, the elaboration long applied by the federal courts: para. 206. The Ministry contends that the Commissioner should have instead applied what it says is a lower standard of proof, namely the “reasonable basis for believing” formulation that has generally been applied by the Ontario courts and others interpreting similar statutory language.

[51] The first difficulty with this submission is its premise. The Ministry’s argument assumes that there is a difference in substance between a “reasonable expectation of probable harm” and a “reasonable basis for believing” that harm will occur. This is a premise that we do not accept: see, for example, Order PO-3157, 2013 CanLII 28809 (ON IPC), at para. 48.

[52] It is important to bear in mind that these phrases are simply attempts to explain or elaborate on identical statutory language. The provincial appellate courts that have not adopted the “reasonable expectation of probable harm” formulation were concerned that it suggested that the harm needed to be probable: see, e.g., *Worker Advisor*, at paras. 24-25; *Chesal v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139, at para. 37. As this Court affirmed in *Merck Frosst*,

[50] Le Ministère conteste toutefois la norme de preuve que la Commissaire a retenue. Il prétend que la Commissaire a mal appliqué la norme de preuve décrite par la Cour dans l’arrêt *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23. Dans cette affaire, la Cour était appelée à interpréter l’al. 20(1)c) de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, ch. A-1, qui oblige l’institution fédérale concernée à refuser la communication de renseignements « dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité ». L’étendue du risque de préjudice était donc formulée en des termes identiques à ceux employés dans la version anglaise de la *LAIPVP* (« *could reasonably be expected to* »). Dans un arrêt unanime, la Cour a confirmé la justesse de la formulation du critère, à savoir celle du « risque vraisemblable de préjudice probable », formulation appliquée depuis longtemps par les cours fédérales (par. 206). Le Ministère soutient que la Commissaire aurait plutôt dû appliquer ce qu’il qualifie de norme de preuve moins exigeante, en l’occurrence celle des « motifs raisonnables de croire », que les tribunaux de l’Ontario et d’autres provinces ont généralement appliquée pour interpréter des dispositions législatives analogues.

[51] Le premier problème que pose cet argument est la prémisse sur laquelle il repose. L’argument du Ministère suppose qu’il existe une différence de fond entre la notion de « risque vraisemblable de préjudice probable » et celle des « motifs raisonnables de croire » qu’un préjudice se produira. Il s’agit d’une prémisse que nous ne pouvons pas accepter (voir, p. ex., l’ordonnance PO-3157, 2013 CanLII 28809 (CIPVP ON), par. 48).

[52] Il importe de se rappeler que ces expressions ne sont que de simples tentatives visant à expliquer ou à préciser le sens de dispositions législatives identiques. Les cours d’appel provinciales qui n’ont pas retenu le critère dit du « risque vraisemblable de préjudice probable » craignaient qu’il donne à penser que le préjudice requis devait être probable (voir, p. ex., *Worker Advisor*, par. 24-25; *Chesal c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139, par. 37). Comme la Cour l’a



the word “probable” in this formulation must be understood in the context of the rest of the phrase: there need be only a “reasonable expectation” of probable harm. The “reasonable expectation of probable harm” formulation simply “captures the need to demonstrate that disclosure will result in a risk of harm that is well beyond the merely possible or speculative, but also that it need not be proved on the balance of probabilities that disclosure will in fact result in such harm”: para. 206.

[53] Understood in this way, there is no practical difference in the standard described by the two reformulations of or elaborations on the statutory test. Given that the statutory tests are expressed in identical language in provincial and federal access to information statutes, it is preferable to have only one further elaboration of that language; *Merck Frosst*, at para. 195:

I am not persuaded that we should change the way this test has been expressed by the Federal Courts for such an extended period of time. Such a change would also affect other provisions because similar language to that in s. 20(1)(c) is employed in several other exemptions under the Act, including those relating to federal-provincial affairs (s. 14), international affairs and defence (s. 15), law enforcement and investigations (s. 16), safety of individuals (s. 17), and economic interests of Canada (s. 18). In addition, as the respondent points out, the “reasonable expectation of probable harm” test has been followed with respect to a number of similarly worded provincial access to information statutes. Accordingly, the legislative interpretation of this expression is of importance both to the application of many exemptions in the federal Act and to similarly worded provisions in various provincial statutes. [Emphasis added.]

[54] This Court in *Merck Frosst* adopted the “reasonable expectation of probable harm” formulation and it should be used wherever the “could reasonably be expected to” language is used in access

affirmé dans *Merck Frosst*, il y a lieu d’interpréter la présence du mot « probable » dans cette expression eu égard au reste de la phrase : un « risque vraisemblable » de préjudice probable suffit. Le critère du « risque vraisemblable de préjudice probable » ne fait qu’« exprime[r] la nécessité d’établir que la divulgation occasionnera un risque de préjudice selon une norme qui est beaucoup plus exigeante que la simple possibilité ou conjecture, mais qui n’atteint cependant pas celle d’établir, selon la prépondérance des probabilités, que la divulgation occasionnera effectivement un tel préjudice » (par. 206).

[53] Lorsqu’on envisage la question sous cet angle, on constate qu’il n’existe en pratique aucune différence en ce qui a trait à la norme évoquée par ces deux nouvelles formulations du critère prévu par la loi ou par les précisions sur ce critère. Puisque les critères prévus par la loi sont exprimés en des termes semblables dans les lois fédérale et provinciales sur l’accès à l’information, il est préférable de ne donner qu’une seule interprétation à ces termes (*Merck Frosst*, par. 195) :

Je ne suis pas convaincu que nous devrions modifier la façon dont les cours fédérales formulent ce critère depuis si longtemps. En effet, une telle modification aurait également une incidence sur d’autres dispositions, car plusieurs autres exceptions prévues par la Loi sont formulées d’une façon semblable à l’al. 20(1)c), notamment celles relatives à la conduite des affaires fédéro-provinciales (art. 14), à la conduite des affaires internationales et à la défense du Canada (art. 15), aux enquêtes (art. 16), à la sécurité des individus (art. 17), et aux intérêts économiques du Canada (art. 18). De plus, comme le souligne l’intimé, le critère du « risque vraisemblable de préjudice probable » a été appliqué relativement à un certain nombre de lois provinciales en matière d’accès à l’information libellées en des termes similaires. Par conséquent, l’interprétation législative de ce critère est importante tant en ce qui concerne l’application de nombreuses exceptions prévues dans la Loi fédérale que celle de diverses lois provinciales libellées en des termes similaires. [Nous soulignons.]

[54] Dans l’arrêt *Merck Frosst*, la Cour a adopté le critère du « risque vraisemblable de préjudice probable », et c’est celui que l’on devrait utiliser chaque fois que le législateur emploie la formule

to information statutes. As the Court in *Merck Frosst* emphasized, the statute tries to mark out a middle ground between that which is probable and that which is merely possible. An institution must provide evidence “well beyond” or “considerably above” a mere possibility of harm in order to reach that middle ground: paras. 197 and 199. This inquiry of course is contextual and how much evidence and the quality of evidence needed to meet this standard will ultimately depend on the nature of the issue and “inherent probabilities or improbabilities or the seriousness of the allegations or consequences”: *Merck Frosst*, at para. 94, citing *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 40.

[55] We do not find any of the Ministry’s arguments for a different approach convincing. It argues, for example, that while the “reasonable expectation of probable harm” standard is an appropriate one to be balanced against third-party interests, the proposed *FIPPA* lower threshold would reflect the greater need to protect personal safety, which is the interest at stake in s. 14: A.F., at para. 88. This submission assumes, however, that there is some practical difference between the formulations, an assumption that we have rejected.

[56] The Ministry also relies on the difference in the French texts of the Ontario and federal provisions. We do not find this persuasive, however. *FIPPA*’s s. 14 in its French version expresses the English text “could reasonably be expected to” with the words “*s’il est raisonnable de s’attendre à*”. This may be contrasted with the French version of s. 20(1)(c) of the federal *Access to Information Act* which uses these words to express the same English text: “*des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes . . .*”

« risquerait vraisemblablement de » dans une loi sur l’accès à l’information. Ainsi que la Cour l’a souligné dans *Merck Frosst*, la loi vise à trouver un juste milieu entre ce qui est probable et ce qui est simplement possible. Une institution doit démontrer qu’il existe « davantage » ou « beaucoup plus » qu’une simple possibilité de préjudice pour atteindre ce juste milieu (par. 197 et 199). Cette analyse est évidemment contextuelle et la quantité et la qualité des éléments de preuve à produire pour satisfaire à cette norme dépendent en dernier ressort de la nature de la question en cause, ainsi que de la « probabilité ou de l’improbabilité intrinsèque des faits allégués [et] de la gravité des allégations ou de leurs conséquences » (*Merck Frosst*, par. 94, citant l’arrêt *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 40).

[55] Aucun des arguments invoqués par le Ministère pour justifier une approche différente ne nous paraît convaincant. À titre d’exemple, le Ministère affirme que, bien qu’il convienne de mettre en balance le critère du « risque vraisemblable de préjudice probable » avec les intérêts des tiers, le critère moins exigeant proposé par la *LAIPVP* traduit la nécessité plus grande d’assurer la sécurité de la personne, un des intérêts en jeu énumérés à l’art. 14 (m.a., par. 88). Cet argument suppose toutefois qu’il existe en pratique une certaine différence entre les deux formulations, une hypothèse que nous avons déjà écartée.

[56] Le Ministère se fonde également sur la différence qui existe entre la version française de la loi ontarienne et celle de la loi fédérale. Cet argument ne nous paraît toutefois pas convaincant. À l’article 14 de la *LAIPVP*, les mots « s’il est raisonnable de s’attendre à » de la version française correspondent aux mots « *could reasonably be expected to* » de la version anglaise. On peut comparer cette formulation avec celle que l’on trouve dans la version française de l’al. 20(1)c) de la *Loi sur l’accès à l’information* fédérale, qui emploie les mots suivants pour exprimer le même texte anglais : « *des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes . . .* »

[57] However, this divergence between the Ontario and the federal French texts does not support the Ministry's position that some different standard was intended. The terms "*s'il est raisonnable de s'attendre à*" is a direct translation of the terms "could reasonably be expected to" used in the English version. It is therefore hard to see how such a close translation could express a different meaning than the English text. The 2002 Ontario amendments to the French version support this position, as they made clear that demonstration of probable harm was not required (s. 14 formerly read "*si la divulgation devait avoir pour effet probable*"). The current French version of s. 14 of *FIPPA* amply supports the "reasonable expectation of probable harm" formulation of the standard.

[58] The Ministry also argues that the "reasonable basis for believing" formulation adopted in Ontario properly mirrors the "reasoned apprehension of harm" test applied under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Such similarity, the argument goes, would be principled as s. 14 and s. 1 would contemplate similar kinds of harms to society. Respectfully, we do not find the analogy to the *Charter* appropriate in this context. As the Commissioner points out, the Ministry, when it interprets exemptions under *FIPPA*, has no policy role analogous to that played by Parliament when it enacts laws. Further, as we have held, institutional heads are not entitled to deference in their interpretation of exemptions: see, e.g., *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66, at para. 17.

[59] The Commissioner specifically stated that the Ministry needed to show only "a reasonable basis for believing" to apply the exemption related

[57] Cette divergence entre la version française de la loi ontarienne et celle de la loi fédérale n'appuie toutefois pas la thèse du Ministère suivant laquelle le législateur entendait utiliser une norme différente. La formule « s'il est raisonnable de s'attendre à » est une traduction directe de l'expression « *could reasonably be expected to* » de la version anglaise. On voit donc mal comment une traduction aussi proche du texte anglais pourrait exprimer un sens différent de celui-ci. Les modifications apportées en 2002 à la version française de la loi ontarienne confirment cette position, car elles précisaient bien qu'il n'était pas nécessaire de faire la preuve d'un risque de préjudice probable (dans sa version antérieure, l'art. 14 était ainsi libellé : « . . . si la divulgation devait avoir pour effet probable . . . »). La version française actuelle de l'art. 14 de la *LAIPVP* confirme amplement le critère du « risque vraisemblable de préjudice probable ».

[58] Le Ministère soutient également que l'expression « motifs raisonnables de croire » adoptée en Ontario correspond bel et bien au critère de l'« appréhension raisonnée de préjudice » qui est appliqué dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Suivant le Ministère, cette similitude serait cohérente, étant donné que l'art. 14 et l'article premier visent les mêmes types de préjudices causés à la société. En toute déférence, nous estimons que l'analogie que le Ministère fait avec la *Charte* ne convient pas dans le présent contexte. Ainsi que le souligne la Commissaire, lorsque le Ministère interprète les exceptions prévues par la *LAIPVP*, il ne joue pas un rôle en matière de politiques analogue à celui que joue le législateur lorsque ce dernier adopte des lois. De plus, comme nous l'avons déjà décidé, l'interprétation que les responsables d'institution font des exceptions ne commande aucune déférence (voir, p. ex., *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66, par. 17).

[59] La Commissaire a expressément mentionné que le Ministère devait uniquement démontrer qu'il avait des « motifs raisonnables de croire » pour

to the endangerment of life. She further stated that “detailed and convincing” evidence must establish a “reasonable expectation of harm” with regards to the exemption protecting the control of crime. The Commissioner held that “speculation of possible harm” would not be sufficient: p. 11. After considering the Ministry’s arguments, the Commissioner found that “the Ministry’s representations, including the affidavit, [did] not provide a reasonable basis for believing that endangerment [would] result from disclosure”: p. 14. She added that the possibility of identification, or even presumed identification, was “too remote to meet even the lower evidentiary threshold for section 14(1)(e) established in the *Office of the Worker Advisor* case cited above”: p. 15. Of course, as noted above, there is no such “lower evidentiary threshold” and the Commissioner simply meant that she did not require proof that harm was probable. Indeed, the Commissioner then emphasized that she did not require “that the Ministry demonstrate that harm is probable; there need only be a reasonable basis for believing that harm will result, and it is not established here”: *ibid.* Taken together, these statements properly identified the applicable standard of proof.

[60] Then turning to the application of this standard, the Commissioner determined that the Ministry did not provide any specific evidence explaining how the Record could be cross-referenced with other information in order to identify sex offenders. We find this to be a reasonable determination. A review of the Ministry’s evidence shows that there is hardly any support in the record for its claims. The Ministry provided the Commissioner with several newspaper articles reporting past violent events, but all those reports pertained to situations where offenders were actually identified through information publicly available (e.g., detailed personal information in online registries available in other jurisdictions). The Ministry also provided unconvincing and generic scholarly

appliquer l’exception se rapportant à la menace à la vie. Toujours selon la Commissaire, il faut présenter des [TRADUCTION] « éléments de preuve détaillés et convaincants » pour démontrer l’existence d’un « risque vraisemblable de préjudice » dans le cas de l’exception relative à la répression du crime. La Commissaire a jugé que des « conjectures quant à un préjudice possible » ne suffiraient pas (p. 11). Après avoir examiné les arguments du Ministère, la Commissaire a conclu que « les observations du Ministère, y compris l’affidavit qui a été souscrit, ne permett[ai]ent pas raisonnablement de croire que la divulgation présente[rait] une menace » (p. 14). Elle a ajouté que la possibilité d’identification — et même de présumée identification — du délinquant était « trop faible pour satisfaire même à la norme de preuve moins exigeante établie dans l’arrêt *Office of the Worker Advisor*, précité, en ce qui concerne l’alinéa 14(1)e » (p. 15). Évidemment, comme nous l’avons déjà signalé, cette « norme de preuve moins exigeante » n’existe pas et la Commissaire voulait simplement dire qu’il n’était pas nécessaire qu’on lui démontre la probabilité qu’un préjudice soit causé. De fait, la Commissaire a ensuite souligné qu’il n’était pas nécessaire « que le Ministère fasse la preuve de la probabilité d’un préjudice; il lui suffit de démontrer l’existence de motifs raisonnables de croire qu’un préjudice sera causé, ce qui n’a pas été établi en l’espèce » (*ibid.*). Considérées globalement, ces affirmations décrivent correctement la norme de preuve applicable.

[60] Pour ce qui est de l’application de la norme en question, la Commissaire a conclu que le Ministère n’avait pas soumis d’éléments de preuve précis pour expliquer comment on pourrait identifier des délinquants sexuels en recoupant les renseignements contenus dans le document demandé avec d’autres renseignements. Nous estimons qu’il s’agit là d’une conclusion raisonnable. L’examen de la preuve du Ministère démontre que le dossier n’appuie guère ses prétentions. Le Ministère a fourni à la Commissaire plusieurs articles de journaux relatant des incidents violents, mais tous ces articles portaient sur des situations dans lesquelles des délinquants sexuels avaient effectivement été identifiés à l’aide de renseignements personnels accessibles au public (p. ex., par la consultation en ligne de registres

research on “identifiability”. These papers did not address the specific facts of this case.

[61] With regards to the unpredictability of future available information on the internet, despite the Ministry’s contentions, the Commissioner specifically held that the identification of sex offenders would be facilitated “in no way” by cross-referencing the number of offenders in an FSA with any other publicly available information: p. 8 (emphasis deleted). Moreover, it must be stressed that the Ministry only referred vaguely to the unpredictability of internet developments and did not provide any specifics about how identification could occur. On the record before her, the Commissioner’s conclusions are reasonable.

[62] The Commissioner also held that she did not believe that “even multiple requests for the number of offenders in each FSA could lead to the reasonable prospect that an offender could be identified”: p. 8. She noted that she was not, in any case, dealing with multiple requests and that she was not aware of such a series of requests: *ibid.* Once again, this is a conclusion that was reasonably open to her on the record.

[63] The Ministry submitted that disclosure of the Record would ignite among sex offenders a “subjective fear” of being identified, and that such fear would in turn lower compliance rates. As previously discussed, it appears that the “subjective fear” line of argument was not advanced before the Commissioner. The Ministry did put before the Commissioner an affidavit from Superintendent Truax, which drew a connection between offenders’ beliefs about their personal information being released to the public and their ensuing desire to go “underground” out of fear and thus undermining

détaillés qui existent ailleurs qu’en Ontario). Le Ministère a également fourni des études générales peu convaincantes au sujet de « l’identifiabilité ». Ces études ne traitaient pas des faits propres à la présente affaire.

[61] En ce qui concerne l’imprévisibilité des renseignements que l’on pourrait obtenir à l’avenir sur Internet, la Commissaire a, malgré les prétentions du Ministère, expressément conclu que l’identification des délinquants sexuels ne serait [TRADUCTION] « nullement » facilitée par les recoupements que l’on pourrait faire entre le nombre de délinquants habitant dans une RTA déterminée et tout autre renseignement accessible au public (p. 8 (soulignement omis)). Il convient par ailleurs de souligner que le Ministère n’a fait que vaguement allusion à l’imprévisibilité résultant de l’évolution de l’Internet et qu’il n’a fourni aucun détail sur la façon dont pareille identification pourrait se réaliser. Compte tenu de la nature du dossier dont la Commissaire était saisie, ses conclusions étaient raisonnables.

[62] La Commissaire a également dit ne pas croire que [TRADUCTION] « même de multiples demandes visant à connaître le nombre de délinquants dans chaque RTA pourrait entraîner la possibilité raisonnable qu’un délinquant soit identifié » (p. 8). Elle a signalé qu’en tout état de cause, elle ne traitait pas de demandes multiples et qu’elle n’était pas au courant de l’existence d’une série de telles demandes (*ibid.*). Là encore, il s’agit d’une conclusion qu’il lui était raisonnablement loisible de tirer au vu du dossier.

[63] Le Ministère a affirmé que la divulgation du dossier susciterait chez les délinquants sexuels la [TRADUCTION] « crainte subjective » d’être identifiés et que cette crainte entraînerait à son tour une diminution du taux de conformité. Comme nous l’avons déjà expliqué, l’argument relatif à la « crainte subjective » ne semble pas avoir été avancé devant la Commissaire. Le Ministère a effectivement soumis à la Commissaire un affidavit du surintendant Truax, qui établissait un lien entre la croyance des délinquants que les renseignements personnels les concernant soient

the important objectives of the Registry. It follows that an offender's perception about the risk of this occurring, whether reasonable or not, might well be relevant to the question of whether the harm-based law enforcement exemptions apply.

[64] However, the evidence adduced by the Ministry does not provide a basis to think that the release of the information sought in this case could have the effect of triggering this sort of subjective fear. Superintendent Truax's affidavit refers to fear that could arise from the public release of personal information from the Registry. However, the information at issue here is not "personal information". If the Ministry seeks to rely on an argument that non-personal information can trigger a subjective fear that can reasonably be expected to result in non-compliance with the Registry — which arguably could fall within the law enforcement exemption — it must point to evidence supporting that position. It failed to do so and, given the insufficient support for this position in the record, the result reached by the Commissioner in this respect was reasonable.

[65] We agree with the Ontario courts that the Commissioner made no reviewable error in the application of the standard of proof to the law enforcement exemptions relied on by the Ministry.

[66] In sum, the Commissioner's decision reasonably applied the appropriate evidentiary standard. The Commissioner took into account the fact that the Registry's efficiency is based on its confidentiality. However, she had to balance this concern with the public's interest in having transparent and open governmental institutions. In striking a balance between those two competing interests, the Commissioner decided that the risks suggested by the Ministry were too remote and not

divulgués au public et leur désir qui en découlerait d'entrer « dans la clandestinité » sous l'effet de la peur, ce qui irait à l'encontre des objectifs importants de l'instauration du registre. Le point de vue d'un délinquant quant à ce risque, qu'il soit raisonnable ou non, pourrait donc fort bien être pertinent pour décider si les exceptions relatives à l'application de la loi fondées sur le risque de préjudice s'appliquent.

[64] La preuve présentée par le Ministère ne permet cependant pas de croire que la divulgation des renseignements demandés en l'espèce pourrait avoir pour effet de susciter une crainte subjective de ce genre. Dans son affidavit, le surintendant Truax parle de la crainte que risque d'engendrer la publication de renseignements personnels contenus dans le registre. Or, les renseignements en cause ici ne sont pas des « renseignements personnels ». Si le Ministère entend se fonder sur l'argument selon lequel la divulgation de renseignements non personnels peut susciter une crainte subjective risquant vraisemblablement d'entraîner l'inobservation des exigences du registre — une crainte qui, pourrait-on soutenir, relève de l'exception relative à l'application de la loi —, il doit présenter des éléments de preuve étayant cette thèse. Il ne l'a pas fait et, vu l'insuffisance d'éléments au dossier appuyant cette thèse, la conclusion à laquelle est parvenue la Commissaire sur ce point était raisonnable.

[65] Nous sommes d'accord avec les tribunaux ontariens pour affirmer que la Commissaire n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle judiciaire en appliquant la norme de preuve adéquate aux exceptions relatives à l'application de la loi sur laquelle se fondait le Ministère.

[66] En résumé, la Commissaire a appliqué de façon raisonnable la norme de preuve appropriée dans sa décision. Elle a tenu compte du fait que l'efficacité du registre dépend de son caractère confidentiel. Il lui fallait toutefois pondérer ce facteur avec l'intérêt du public à maintenir des institutions gouvernementales transparentes. En recherchant un équilibre entre ces deux intérêts opposés, la Commissaire a décidé que les risques évoqués par le Ministère étaient trop faibles et

supported by the evidence to ground a reasonable expectation of probable harm. This finding was reasonable.

[67] Indeed, the Commissioner's 17-page decision was well articulated, transparent, and intelligible. It presented extensively the arguments submitted by the Ministry and it considered them in a fair manner. As an expert in privacy rights, as well as in access to information requests, the Commissioner's decisions deserve deference, short of an unreasonable conclusion falling outside the range of possible and acceptable outcomes. The Ministry did not succeed in demonstrating that such an error occurred.

#### V. Disposition

[68] We would dismiss the appeal, but, as requested by the Commissioner, without costs.

*Appeal dismissed without costs.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Information and Privacy Commissioner/Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Information Commissioner of Canada: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

qu'ils n'étaient pas suffisamment étayés par la preuve pour permettre de conclure à l'existence d'un risque vraisemblable de préjudice probable. Cette conclusion était raisonnable.

[67] En fait, la décision de 17 pages de la Commissaire était bien motivée, en plus d'être transparente et intelligible. La Commissaire y expose longuement les arguments du Ministère et elle les examine d'une manière équitable. Puisque la Commissaire est une experte en matière de protection de la vie privée et de demandes d'accès à l'information, ses décisions commandent la déférence en l'absence d'une conclusion déraisonnable n'appartenant pas aux issues possibles et acceptables. Or, le Ministère n'a pas réussi à démontrer qu'une telle erreur avait été commise.

#### V. Dispositif

[68] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi, mais, comme la Commissaire l'a demandé, le tout sans dépens.

*Pourvoi rejeté sans dépens.*

*Procureur de l'appelant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

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

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

*Procureurs de l'intervenante la Commissaire à l'information du Canada : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

**IN THE MATTER OF a Reference by the Governor in Council concerning reform of the Senate, as set out in Order in Council P.C. 2013-70, dated February 1, 2013**

**INDEXED AS: REFERENCE RE SENATE REFORM**

**2014 SCC 32**

File No.: 35203.

2013: November 12, 13, 14; 2014: April 25.

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

**REFERENCE BY GOVERNOR IN COUNCIL**

*Constitutional law — Canadian institutions — Senate — Constitutional amendment — Whether Parliament can unilaterally set fixed terms for Senators — Whether Parliament can unilaterally implement framework for consultative elections for appointments to Senate — Whether Parliament can unilaterally repeal ss. 23(3) and 23(4) of Constitution Act, 1867 requiring that Senators must own land worth \$4,000 in province for which they are appointed and have net worth of at least \$4,000 — Whether constitutional amendment abolishing Senate may be accomplished by general amending procedure or whether unanimous consent procedure applies — Constitution Act, 1982, ss. 38(1), (2), 41(e), 42(1)(b), (c), 43, 44.*

Pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, the Governor in Council referred the following questions to this Court:

1. In relation to each of the following proposed limits to the tenure of Senators, is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to make amendments to section 29 of the *Constitution Act, 1867* providing for

(a) a fixed term of nine years for Senators, as set out in clause 5 of Bill C-7, the *Senate Reform Act*;

(b) a fixed term of ten years or more for Senators;

(c) a fixed term of eight years or less for Senators;

**DANS L'AFFAIRE D'UN renvoi par le gouverneur en conseil au sujet de la réforme du Sénat, institué aux termes du décret C.P. 2013-70 en date du 1<sup>er</sup> février 2013**

**RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF À LA RÉFORME DU SÉNAT**

**2014 CSC 32**

N° du greffe : 35203.

2013 : 12, 13, 14 novembre; 2014 : 25 avril.

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

**RENVOI PAR LE GOUVERNEUR EN CONSEIL**

*Droit constitutionnel — Institutions canadiennes — Sénat — Modification constitutionnelle — Le Parlement peut-il unilatéralement prévoir des mandats d'une durée fixe pour les sénateurs? — Le Parlement peut-il unilatéralement instaurer un régime d'élections consultatives en vue de nommer les sénateurs? — Le Parlement peut-il abroger unilatéralement les art. 23(3) et (4) de la Loi constitutionnelle de 1867, selon lesquels les sénateurs doivent posséder des terres d'une valeur de 4 000 \$ dans la province pour laquelle ils sont nommés ainsi qu'un avoir net d'au moins 4 000 \$? — Peut-on avoir recours à la procédure normale de modification ou faut-il recourir à la procédure de consentement unanime pour apporter une modification constitutionnelle abolissant le Sénat? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 38(1), (2), 41e), 42(1)(b), c), 43, 44.*

Le gouverneur en conseil a soumis les questions suivantes à la Cour en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* :

1. Pour chacune des limites ci-après proposées pour la durée du mandat des sénateurs, le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour apporter les modifications à l'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867* afin de prévoir :

a) un mandat d'une durée fixe de neuf ans, tel que le propose l'article 5 du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat*;

b) un mandat d'une durée fixe de dix ans ou plus;

c) un mandat d'une durée fixe de huit ans ou moins;



- (d) a fixed term of the life of two or three Parliaments for Senators;
- (e) a renewable term for Senators, as set out in clause 2 of Bill S-4, *Constitution Act, 2006 (Senate tenure)*;
- (f) limits to the terms for Senators appointed after October 14, 2008 as set out in subclause 4(1) of Bill C-7, the *Senate Reform Act*; and
- (g) retrospective limits to the terms for Senators appointed before October 14, 2008?
2. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 91 of the *Constitution Act, 1867*, or section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to enact legislation that provides a means of consulting the population of each province and territory as to its preferences for potential nominees for appointment to the Senate pursuant to a national process as was set out in Bill C-20, the *Senate Appointment Consultations Act*?
3. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 91 of the *Constitution Act, 1867*, or section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to establish a framework setting out a basis for provincial and territorial legislatures to enact legislation to consult their population as to their preferences for potential nominees for appointment to the Senate as set out in the schedule to Bill C-7, the *Senate Reform Act*?
4. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to repeal subsections 23(3) and (4) of the *Constitution Act, 1867* regarding property qualifications for Senators?
5. Can an amendment to the Constitution of Canada to abolish the Senate be accomplished by the general amending procedure set out in section 38 of the *Constitution Act, 1982*, by one of the following methods:
- (a) by inserting a separate provision stating that the Senate is to be abolished as of a certain date, as an amendment to the *Constitution Act, 1867* or as a separate provision that is outside of the *Constitution Acts, 1867 to 1982* but that is still part of the Constitution of Canada;
- d) un mandat d'une durée fixe de deux ou trois législatures;
- e) le renouvellement du mandat des sénateurs, tel que le propose l'article 2 du projet de loi S-4, *Loi constitutionnelle de 2006 (durée du mandat des sénateurs)*;
- f) une limite à la durée du mandat des sénateurs nommés après le 14 octobre 2008, tel que le propose le paragraphe 4(1) du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat*;
- g) une limite rétrospective à la durée du mandat des sénateurs nommés avant le 14 octobre 2008?
2. Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour édicter des lois qui permettraient de consulter, dans le cadre d'un processus national, la population de chaque province et territoire afin de faire connaître ses préférences quant à la nomination de candidats sénatoriaux, conformément au projet de loi C-20, *Loi sur les consultations concernant la nomination des sénateurs*?
3. Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour prévoir un cadre qui viserait l'édition de lois par les législatures provinciales et territoriales — conformes à l'annexe du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat* —, pour consulter leurs populations afin de faire connaître leurs préférences quant à la nomination de candidats sénatoriaux?
4. Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour abroger les paragraphes 23(3) et (4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernant la qualification des sénateurs en matière de propriété?
5. Pourrait-on, par l'un des moyens ci-après, avoir recours à la procédure normale de modification prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour abolir le Sénat :
- a) ajouter une disposition distincte prévoyant que le Sénat serait aboli à une date précise, à titre de modification de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou de disposition distincte des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* s'inscrivant néanmoins dans la Constitution du Canada;

(b) by amending or repealing some or all of the references to the Senate in the Constitution of Canada; or

(c) by abolishing the powers of the Senate and eliminating the representation of provinces pursuant to paragraphs 42(1)(b) and (c) of the *Constitution Act, 1982*?

6. If the general amending procedure set out in section 38 of the *Constitution Act, 1982* is not sufficient to abolish the Senate, does the unanimous consent procedure set out in section 41 of the *Constitution Act, 1982* apply?

*Held:* Questions 1, 2, 3 and 5 are answered in the negative. Question 4 is answered in the affirmative with respect to s. 23(4). A full repeal of s. 23(3) requires a resolution of the legislative assembly of Quebec, pursuant to s. 43 of the *Constitution Act, 1982*. Question 6 is answered in the affirmative. The implementation of consultative elections and senatorial term limits requires consent of the Senate, the House of Commons, and the legislative assemblies of at least seven provinces representing, in the aggregate, half of the population of all the provinces (s. 38 and s. 42(1)(b)). The abolition of the Senate requires the unanimous consent of the Senate, the House of Commons, and the legislative assemblies of all Canadian provinces (s. 41(e)).

The Senate is one of Canada's foundational political institutions. It lies at the heart of the agreements that gave birth to the Canadian federation. Despite ongoing criticism and failed attempts at reform, the Senate has remained largely unchanged since its creation. The statute that created the Senate — the *Constitution Act, 1867* — forms part of the Constitution of Canada and can only be amended in accordance with the Constitution's procedures for amendment (s. 52(2) and (3), *Constitution Act, 1982*). The concept of an "amendment to the Constitution of Canada", within the meaning of Part V of the *Constitution Act, 1982*, is informed by the nature of the Constitution, its underlying principles and its rules of interpretation. The Constitution should not be viewed as a mere collection of discrete textual provisions. It has an architecture, a basic structure. By extension, amendments to the Constitution are not confined to textual changes. They include changes to the Constitution's architecture, that modify the meaning of the constitutional text.

b) modifier ou abroger en tout ou en partie les renvois au Sénat dans la Constitution du Canada;

c) abroger les pouvoirs du Sénat et éliminer la représentation des provinces en vertu des alinéas 42(1)(b) et c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

6. Si la procédure normale de modification prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne permet pas d'abolir le Sénat, faudrait-il recourir à la procédure de consentement unanime prévue à l'article 41 de cette loi?

*Arrêt :* Les questions 1, 2, 3 et 5 reçoivent une réponse négative. La question 4 reçoit une réponse affirmative à l'égard du par. 23(4). L'abrogation complète du par. 23(3) requiert une résolution de l'assemblée législative du Québec, en application de l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La question 6 reçoit une réponse affirmative. La mise en place d'élections consultatives et de mandats sénatoriaux d'une durée limitée requiert le consentement du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative d'au moins sept provinces dont la population confondue représente au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces (art. 38 et al. 42(1)(b)). L'abolition du Sénat requiert le consentement unanime du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province canadienne (al. 41e)).

Le Sénat est une des institutions politiques fondamentales du Canada. Il se situe au cœur des ententes ayant donné naissance à la fédération canadienne. Malgré des critiques persistantes et l'échec de tentatives visant à le réformer, le Sénat n'a pas beaucoup changé depuis sa création. La loi qui a créé le Sénat — la *Loi constitutionnelle de 1867* — fait partie intégrante de la Constitution du Canada. Elle ne peut être modifiée qu'en conformité avec les procédures de modification prévues par la Constitution (*Loi constitutionnelle de 1982*, par. 52(2) et (3)). Le concept de « modification de la Constitution du Canada », au sens de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, doit être compris au regard de la nature de la Constitution, des principes qui la sous-tendent et des règles applicables à son interprétation. La Constitution ne doit pas être considérée comme un simple ensemble de dispositions écrites isolées. Elle a une architecture, une structure fondamentale. Par extension, les modifications constitutionnelles ne se limitent pas aux modifications apportées au texte de la Constitution. Elles comprennent aussi les modifications à son architecture, qui altèrent le sens de son texte.

Part V reflects the political consensus that the provinces must have a say in constitutional changes that engage their interests. It contains four categories of amending procedures. The first is the general amending procedure — the “7/50” procedure — (s. 38, complemented by s. 42), which requires a substantial degree of consensus between Parliament and the provincial legislatures. The second is the unanimous consent procedure (s. 41), which applies to certain changes deemed fundamental by the framers of the *Constitution Act, 1982*. The third is the special arrangements procedure (s. 43), which applies to amendments in relation to provisions of the Constitution that apply to some, but not all, of the provinces. The fourth is made up of the unilateral federal and provincial procedures, which allow unilateral amendment of aspects of government institutions that engage purely federal or provincial interests (ss. 44 and 45).

#### *Question 1: Senatorial Tenure*

A change in the duration of senatorial terms would amend the Constitution of Canada, by requiring a modification to the text of s. 29 of the *Constitution Act, 1867*. The language of s. 42 of the *Constitution Act, 1982* does not encompass changes to the duration of senatorial terms. However, it does not follow that all changes to the Senate that fall outside of s. 42 come within the scope of s. 44. The unilateral federal amendment procedure is limited. It is not a broad procedure that encompasses all constitutional changes to the Senate which are not expressly included within another procedure in Part V. The history, language, and structure of Part V indicate that s. 38, rather than s. 44, is the general procedure for constitutional amendment. Changes that engage the interests of the provinces in the Senate as an institution forming an integral part of the federal system can only be achieved under the general amending procedure. Section 44, as an exception to the general procedure, encompasses measures that maintain or change the Senate without altering its fundamental nature and role.

The imposition of fixed terms for Senators engages the interests of the provinces by changing the fundamental nature or role of the Senate. Senators are appointed roughly for the duration of their active professional lives. This security of tenure is intended to allow Senators to function with independence in conducting legislative

La partie V reflète le consensus politique selon lequel les provinces doivent avoir un droit de participation aux modifications constitutionnelles mettant en cause leurs intérêts. Elle prévoit quatre catégories de procédures de modification. La première, la procédure normale de modification — celle du « 7/50 » — (art. 38, complété par l’art. 42), exige un degré appréciable de consensus entre le Parlement et les législatures provinciales. La deuxième, la procédure de consentement unanime (art. 41), s’applique à certaines modifications jugées fondamentales par les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La troisième, la procédure relative aux arrangements spéciaux (art. 43), vise les modifications apportées à des dispositions de la Constitution qui s’appliquent à certaines provinces uniquement. La quatrième, la procédure de modification unilatérale fédérale et provinciale, concerne certains aspects d’institutions gouvernementales mettant en cause des intérêts purement fédéraux ou provinciaux (art. 44 et 45).

#### *Question 1 : Durée du mandat des sénateurs*

Un changement de la durée du mandat des sénateurs modifierait la Constitution du Canada, puisqu’il exigerait la modification du texte de l’art. 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le texte de l’art. 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne mentionne pas les changements à la durée du mandat des sénateurs. Cela ne veut pas dire pour autant que l’art. 44 s’applique à tous les changements relatifs au Sénat qui ne sont pas visés par l’art. 42. La procédure de modification unilatérale par le Parlement a une portée restreinte. Il ne s’agit pas d’une procédure dont le champ d’application est vaste et qui vise les changements constitutionnels à tous les aspects du Sénat que ne vise pas expressément une autre procédure de modification décrite à la partie V. L’historique, les termes et la structure de la partie V indiquent que la procédure normale de modification de la Constitution est prévue à l’art. 38 plutôt qu’à l’art. 44. Les changements qui mettent en cause les intérêts des provinces relatifs au Sénat en tant qu’institution faisant partie intégrante du système fédéral ne peuvent être apportés qu’en application de la procédure normale de modification. L’article 44, qui constitue une exception à la procédure normale, envisage des mesures prises en vue du maintien et du changement du Sénat, sans pour autant modifier ses nature et rôle fondamentaux.

L’imposition aux sénateurs d’un mandat d’une durée fixe met en cause les intérêts des provinces en transformant les nature et rôle fondamentaux du Sénat. Les sénateurs sont nommés à toutes fins utiles pour la durée de leur vie professionnelle active. Cette inamovibilité vise à permettre aux sénateurs de prendre leurs décisions en

review. The imposition of fixed senatorial terms is a significant change to senatorial tenure. Fixed terms provide a weaker security of tenure. They imply a finite time in office and necessarily offer a lesser degree of protection from the potential consequences of freely speaking one's mind on the legislative proposals of the House of Commons. The imposition of fixed terms, even lengthy ones, constitutes a change that engages the interests of the provinces as stakeholders in Canada's constitutional design and falls within the rule of general application for constitutional change — the 7/50 procedure in s. 38.

#### *Questions 2 and 3: Consultative Elections*

Introducing a process of consultative elections for the nomination of Senators would change our Constitution's architecture, by endowing Senators with a popular mandate which is inconsistent with the Senate's fundamental nature and role as a complementary legislative chamber of sober second thought. The view that the consultative election proposals would amend the Constitution of Canada is supported by the language of Part V of the *Constitution Act, 1982*. The words employed in Part V are guides to identifying the aspects of our system of government that form part of the protected content of the Constitution. Section 42(1)(b) provides that the general amending procedure (s. 38(1)) applies to constitutional amendments in relation to "the method of selecting Senators". This broad wording includes more than the formal appointment of Senators by the Governor General and covers the implementation of consultative elections. By employing this language, the framers of the *Constitution Act, 1982* extended the constitutional protection provided by the general amending procedure to the entire process by which Senators are "selected". Consequently, the implementation of consultative elections falls within the scope of s. 42(1)(b) and is subject to the general amending procedure, without the provincial right to "opt out". It cannot be achieved under the unilateral federal amending procedure. Section 44 is expressly made "subject to" s. 42 — the categories of amendment captured by s. 42 are removed from the scope of s. 44.

toute indépendance lorsqu'ils procèdent à l'examen des projets de loi. La nomination des sénateurs pour une période d'une durée fixe constituerait un changement important à leur mandat. Le mandat d'une durée fixe établit une inamovibilité plus fragile. Il suppose que les sénateurs restent en fonction pour une période limitée et offre nécessairement un degré moindre de protection à l'égard des conséquences que pourraient entraîner des opinions qu'ils expriment librement au sujet des projets législatifs de la Chambre des communes. L'imposition d'un mandat fixe, si long soit-il, constitue un changement qui met en jeu les intérêts des provinces en tant que parties prenantes dans l'ordre constitutionnel canadien et exige l'application de la procédure normale — celle du 7/50 énoncée à l'art. 38 — pour que se réalise cette modification constitutionnelle.

#### *Questions 2 et 3 : Élections consultatives*

L'introduction d'élections consultatives en vue de nommer les sénateurs métamorphoserait l'architecture de la Constitution canadienne en confiant à ces derniers un mandat de représentation de la population qui est incompatible avec les nature et rôle fondamentaux du Sénat à titre d'assemblée législative complémentaire chargée de porter un second regard attentif aux projets de loi. Le point de vue suivant lequel la mise en œuvre des propositions relatives à la tenue d'élections consultatives modifierait la Constitution canadienne trouve appui dans le texte de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les termes qui y sont utilisés servent de guides pour déterminer quels aspects de notre système de gouvernement font partie du contenu constitutionnel protégé. Suivant l'al. 42(1)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la procédure normale de modification (le par. 38(1)) s'applique aux modifications constitutionnelles portant sur « le mode de sélection des sénateurs ». Cette expression au sens large ne vise pas uniquement la nomination officielle des sénateurs par le gouverneur général et couvre la mise en place d'élections consultatives. En utilisant ce libellé, les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont étendu la protection constitutionnelle prévue par la procédure normale de modification à tout le processus de « sélection » des sénateurs. En conséquence, la mise en place d'élections consultatives relève de l'al. 42(1)b) et est assujettie à la procédure normale de modification, sans que les provinces puissent « s'y soustraire ». Elle ne peut se faire conformément à la procédure de modification unilatérale fédérale. L'article 44 s'applique expressément « sous réserve » de l'art. 42 — c.-à-d. que les catégories de modification visées à l'art. 42 sont soustraites à l'application de l'art. 44.

*Question 4: Property Qualifications*

The requirement that Senators have a personal net worth of at least \$4,000 (s. 23(4), *Constitution Act, 1867*) can be repealed by Parliament under the unilateral federal amending procedure. It is precisely the type of amendment that the framers of the *Constitution Act, 1982* intended to capture under s. 44. It updates the constitutional framework relating to the Senate without affecting the institution's fundamental nature and role. Similarly, the removal of the real property requirement that Senators own land worth at least \$4,000 in the province for which they are appointed (s. 23(3), *Constitution Act, 1867*) would not alter the fundamental nature and role of the Senate. However, a full repeal of s. 23(3) would render inoperative the option in s. 23(6) for Quebec Senators to fulfill their real property qualification in their respective electoral divisions, effectively making it mandatory for them to reside in the electoral divisions for which they are appointed. It would constitute an amendment in relation to s. 23(6), which contains a special arrangement applicable to a single province, and consequently would fall within the scope of the special arrangement procedure. The consent of Quebec's National Assembly is required pursuant to s. 43 of the *Constitution Act, 1982*.

*Questions 5 and 6: Abolition of the Senate*

Abolition of the Senate is not merely a matter relating to its "powers" or its "members" under s. 42(1)(b) and (c) of the *Constitution Act, 1982*. This provision captures Senate reform, which implies the continued existence of the Senate. Outright abolition falls beyond its scope. To interpret s. 42 as embracing Senate abolition would depart from the ordinary meaning of its language and is not supported by the historical record. The mention of amendments in relation to the powers of the Senate and the number of Senators for each province presupposes the continuing existence of a Senate and makes no room for an indirect abolition of the Senate. Within the scope of s. 42, it is possible to make significant changes to the powers of the Senate and the number of Senators. But it is outside the scope of s. 42 to altogether strip the Senate of its powers and reduce the number of Senators to zero. The abolition of the upper chamber would entail a significant structural modification of Part V. Amendments to the Constitution of Canada are subject to review by the Senate. The Senate can veto amendments brought under s. 44 and can delay the adoption of amendments made

*Question 4 : Qualifications en matière de propriété*

Le Parlement peut abroger, en vertu de la procédure de modification unilatérale fédérale, l'obligation pour les sénateurs de posséder un avoir net personnel d'au moins 4 000 \$ (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 23(4)). Cette mesure constitue précisément le type de modification que les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* entendaient inclure dans le champ d'application de l'art. 44. Elle met à jour le cadre constitutionnel régissant le Sénat sans toucher à ses nature et rôle fondamentaux. De même, la suppression de la condition relative à l'avoir foncier obligeant les sénateurs à posséder des terres valant au moins 4 000 \$ dans la province pour laquelle ils sont nommés (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 23(3)) ne modifierait pas les nature et rôle fondamentaux du Sénat. Toutefois, l'abrogation complète du par. 23(3) rendrait inopérante la possibilité offerte aux sénateurs du Québec par le par. 23(6) de posséder leur qualification foncière dans leur collège électoral respectif, ce qui les obligerait effectivement à résider dans le collège électoral qu'ils représentent. Cette mesure constituerait une modification au par. 23(6), qui prévoit un arrangement spécial applicable à une seule province, et entrerait donc dans le champ d'application de la procédure relative aux arrangements spéciaux. Une telle modification requiert donc le consentement de l'Assemblée nationale du Québec en application de l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

*Questions 5 et 6 : Abolition du Sénat*

L'abolition du Sénat ne concerne pas uniquement les « pouvoirs » ou les « sénateurs » au sens où il faut entendre ces termes pour l'application des al. 42(1)(b) et (c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces dispositions visent la réforme du Sénat, qui suppose le maintien de son existence. Ainsi, l'abolition pure et simple du Sénat échappe à l'application de ces alinéas. Interpréter l'art. 42 comme envisageant l'abolition du Sénat irait à l'encontre du sens ordinaire de son libellé, et pareille interprétation ne trouve aucun appui dans le dossier historique. La mention des modifications portant sur les pouvoirs du Sénat et le nombre de sénateurs pour chaque province présuppose le maintien de l'existence d'un Sénat et interdit toute abolition indirecte de l'institution. La portée de l'art. 42 permet de modifier considérablement les pouvoirs du Sénat et le nombre de sénateurs. Dépouiller totalement le Sénat de ses pouvoirs et réduire à zéro le nombre de sénateurs outrepasseraient toutefois la portée de cette disposition. L'abolition de la chambre haute impliquerait une modification structurelle importante de la partie V. Les modifications de la Constitution du Canada

pursuant to ss. 38, 41, 42, and 43 by up to 180 days. The elimination of bicameralism would render this mechanism of review inoperative and effectively change the dynamics of the constitutional amendment process. The constitutional structure of Part V as a whole would be fundamentally altered. Abolition of the Senate would therefore fundamentally alter our constitutional architecture — by removing the bicameral form of government that gives shape to the *Constitution Act, 1867* — and would amend Part V, which requires the unanimous consent of Parliament and the provinces under s. 41(e) of the *Constitution Act, 1982*.

### Cases Cited

**Referred to:** *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, 2013 QCCA 1807 (CanLII); *Figuroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837.

### Statutes and Regulations Cited

Bill C-7, *An Act respecting the selection of senators and amending the Constitution Act, 1867 in respect of Senate term limits*, 1st Sess., 41st Parl., 2011, cl. 3, Sch., cl. 1.  
 Bill C-20, *An Act to provide for consultations with electors on their preferences for appointments to the Senate*, 2nd Sess., 39th Parl., 2007.

sont soumises au contrôle du Sénat, qui peut opposer un veto aux modifications introduites en application de l'art. 44 et retarder l'adoption de modifications apportées au titre des art. 38, 41, 42 et 43 pendant au plus 180 jours. L'élimination du bicaméralisme rendrait inopérant ce mécanisme de contrôle et transformerait dans les faits la dynamique du processus de modification constitutionnelle. La structure constitutionnelle de la partie V serait fondamentalement modifiée dans son ensemble. L'abolition du Sénat changerait donc fondamentalement notre architecture constitutionnelle — en supprimant la structure bicamérale de gouvernement qui sous-tend l'architecture de la *Loi constitutionnelle de 1867* — et modifierait la partie V, ce qui exige le consentement unanime du Parlement et des provinces en application de l'al. 41e) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, 2013 QCCA 1807, [2013] R.J.Q. 1711; *Figuroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837.

### Lois et règlements cités

*Loi constitutionnelle de 1867*, préambule, art. 17, 22, 23(3), (4), (5), (6), 24, 29, 32, 35, 37, 53, 91(1), 92(1).  
*Loi constitutionnelle de 1965*, S.C. 1965, ch. 4, art. 1.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, partie V, art. 38, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 52.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 53.  
*Projet de loi C-7, Loi concernant la sélection des sénateurs et modifiant la Loi constitutionnelle de 1867*

Bill C-60, *An Act to amend the Constitution of Canada with respect to matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada, and to approve and authorize the taking of measures necessary for the amendment of the Constitution with respect to certain other matters*, 3rd Sess., 30th Parl., 1978, cls. 62 to 70.

Bill S-4, *An Act to amend the Constitution Act, 1867 (Senate tenure)*, 1st Sess., 39th Parl., 2006.

*Constitution Act, 1867*, preamble, ss. 17, 22, 23(3), (4), (5), (6), 24, 29, 32, 35, 37, 53, 91(1), 92(1).

*Constitution Act, 1965*, S.C. 1965, c. 4, s. 1.

*Constitution Act, 1982*, Part V, ss. 38, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 52.

*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 53.

#### Authors Cited

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Cameron, Jamie. "To Amend the Process of Amendment", in Gérald-A. Beaudoin et al., *Federalism for the Future: Essential Reforms*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1998, 315.

Canada. *Constitutional Accord: Canadian Patriation Plan*. Ottawa, 1981.

Canada. *Constitutional Conference: Proceedings*. Ottawa: Information Canada, 1971.

Canada. Department of Justice. *The Amendment of the Constitution of Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1965 (Minister: Guy Favreau).

Canada. Legislative Assembly. *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 3rd Sess., 8th Provincial Parliament of Canada. Quebec: Hunter, Rose & Co., 1865.

Canada. Minister of State for Federal-Provincial Relations. *Constitutional Reform: House of the Federation*. Ottawa: Government of Canada, 1978 (Minister: Marc Lalonde).

Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 53, 1st Sess., 32nd Parl., February 4, 1981, pp. 50, 67-68.

Canada. Senate and House of Commons. *The Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada: Final Report*. Ottawa: Queen's Printer, 1972 (Joint Chairs: Gildas L. Molgat and Mark MacGuigan).

*relativement à la limitation de la durée du mandat des sénateurs*, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> lég., 2011, art. 3, ann., art. 1.

Projet de loi C-20, *Loi prévoyant la consultation des électeurs en ce qui touche leurs choix concernant la nomination des sénateurs*, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 2007.

Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Constitution du Canada dans certains domaines ressortissant à la compétence législative du Parlement du Canada et prévoyant les mesures nécessaires à la modification de la Constitution dans certains autres domaines*, 3<sup>e</sup> sess., 30<sup>e</sup> lég., 1978, art. 62 à 70.

Projet de loi S-4, *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (durée du mandat des sénateurs)*, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 2006.

#### Doctrine et autres documents cités

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.

Cameron, Jamie. « To Amend the Process of Amendment », dans Gérald-A. Beaudoin et autres, *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1998, 315.

Canada. *Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution*. Ottawa, 1981.

Canada. Assemblée législative. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3<sup>e</sup> sess., 8<sup>e</sup> parlement provincial du Canada. Québec : Hunter, Rose et Lemieux, 1865.

Canada. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Rapport sur certains aspects de la Constitution canadienne*. Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1980 (Président du sous-comité : Maurice Lamontagne).

Canada. Commission de l'unité canadienne. *Se retrouver : Observations et recommandations*. Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, 1979 (Coprésidents : Jean-Luc Pepin et John P. Robarts).

Canada. *Conférence constitutionnelle : Délibérations*. Ottawa : Information Canada, 1971.

Canada. *La Constitution canadienne 1980 : Projet de résolution concernant la Constitution du Canada*. Ottawa : Gouvernement du Canada, 1980.

Canada. Ministre d'État chargé des Relations fédérales-provinciales. *La réforme constitutionnelle : La Chambre de la Fédération*. Ottawa : Gouvernement du Canada, 1978 (Ministre : Marc Lalonde).

- Canada. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Report on Certain Aspects of the Canadian Constitution*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1980 (Sub-committee Chair: Maurice Lamontagne).
- Canada. Task Force on Canadian Unity. *A Future Together: Observations and Recommendations*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1979 (Co-chairs: Jean-Luc Pepin and John P. Robarts).
- Canada. *The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada*. Ottawa: Government of Canada, 1980.
- Cheffins, Ronald I. “The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula: Political and Legal Implications” (1982), 4 *S.C.L.R.* 43.
- Côté, Charles-Emmanuel. “L’inconstitutionnalité du projet d’élections fédérales sénatoriales” (2010), 3 *R.Q.D.C.* 81.
- Cyr, Hugo. “L’absurdité du critère scriptural pour qualifier la constitution” (2012), 6 *J.P.P.L.* 293.
- Desserud, Don. “Whither 91.1? The Constitutionality of Bill C-19: An Act to Limit Senate Tenure”, in Jennifer Smith, ed., *The Democratic Dilemma: Reforming the Canadian Senate*. Montréal and Kingston: McGill-Queen’s University Press, 2009, 63.
- Heard, Andrew. “Constitutional Doubts about Bill C-20 and Senatorial Elections”, in Jennifer Smith, ed., *The Democratic Dilemma: Reforming the Canadian Senate*. Montréal and Kingston: McGill-Queen’s University Press, 2009, 81.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2013, release 1).
- McCormick, Peter, Ernest C. Manning and Gordon Gibson. *Regional Representation: The Canadian Partnership*. Calgary: Canada West Foundation, 1981.
- Monahan, Patrick J., and Byron Shaw. *Constitutional Law*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2013.
- Newman, Warren J. “Defining the ‘Constitution of Canada’ Since 1982: The Scope of the Legislative Powers of Constitutional Amendment under Sections 44 and 45 of the *Constitution Act, 1982*” (2003), 22 *S.C.L.R.* (2d) 423.
- Newman, Warren J. “Living with the Amending Procedures: Prospects for Future Constitutional Reform in Canada” (2007), 37 *S.C.L.R.* (2d) 383.
- Pelletier, Benoît. *La modification constitutionnelle au Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Pelletier, Benoît. “Réponses suggérées aux questions soulevées par le renvoi à la Cour suprême du Canada concernant la réforme du Sénat” (2013), 43 *R.G.D.* 445.
- Canada. Ministre de la Justice. *Modification de la Constitution du Canada*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1965 (Ministre : Guy Favreau).
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada : Rapport Final*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1972 (Coprésidents : Gildas L. Molgat et Mark MacGuigan).
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 53, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 4 février 1981, p. 50, 67-68.
- Cheffins, Ronald I. « The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula : Political and Legal Implications » (1982), 4 *S.C.L.R.* 43.
- Côté, Charles-Emmanuel. « L’inconstitutionnalité du projet d’élections fédérales sénatoriales » (2010), 3 *R.Q.D.C.* 81.
- Cyr, Hugo. « L’absurdité du critère scriptural pour qualifier la constitution » (2012), 6 *J.P.P.L.* 293.
- Desserud, Don. « Whither 91.1? The Constitutionality of Bill C-19 : An Act to Limit Senate Tenure », in Jennifer Smith, ed., *The Democratic Dilemma : Reforming the Canadian Senate*. Montréal and Kingston : McGill-Queen’s University Press, 2009, 63.
- Heard, Andrew. « Constitutional Doubts about Bill C-20 and Senatorial Elections », in Jennifer Smith, ed., *The Democratic Dilemma : Reforming the Canadian Senate*. Montréal and Kingston : McGill-Queen’s University Press, 2009, 81.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Toronto : Carswell, 2007 (updated 2013, release 1).
- McCormick, Peter, Ernest C. Manning and Gordon Gibson. *Regional Representation : The Canadian Partnership*. Calgary : Canada West Foundation, 1981.
- Monahan, Patrick J., and Byron Shaw. *Constitutional Law*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2013.
- Newman, Warren J. « Defining the “Constitution of Canada” Since 1982 : The Scope of the Legislative Powers of Constitutional Amendment under Sections 44 and 45 of the *Constitution Act, 1982* » (2003), 22 *S.C.L.R.* (2d) 423.
- Newman, Warren J. « Living with the Amending Procedures : Prospects for Future Constitutional Reform in Canada » (2007), 37 *S.C.L.R.* (2d) 383.
- Pelletier, Benoît. *La modification constitutionnelle au Canada*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996.
- Pelletier, Benoît. « Réponses suggérées aux questions soulevées par le renvoi à la Cour suprême du Canada concernant la réforme du Sénat » (2013), 43 *R.G.D.* 445.



- Pinard, Danielle. “The Canadian Senate: An Upper House Criticized Yet Condemned to Survive Unchanged?”, in Jörg Luther, Paolo Passaglia and Rolando Tarchi, eds., *A World of Second Chambers: Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*. Milan: Giuffrè, 2006, 459.
- Scott, Stephen A. “Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes” (1982), 20 *U.W.O. L. Rev.* 247.
- Smith, David E. *The Canadian Senate in Bicameral Perspective*. Toronto: University of Toronto Press, 2003.
- Tremblay, Guy. “La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada” (2011), 41 *R.G.D.* 417.
- Walters, Mark D. “The Constitutional Form and Reform of the Senate: Thoughts on the Constitutionality of Bill C-7” (2013), 7 *J.P.P.L.* 37.
- Walters, Mark D. “Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism”, in Grant Huscroft, ed., *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*. New York: Cambridge University Press, 2008, 245.
- Whyte, John D. “Senate Reform: What Does the Constitution Say?”, in Jennifer Smith, ed., *The Democratic Dilemma: Reforming the Canadian Senate*. Montréal and Kingston: McGill-Queen’s University Press, 2009, 97.
- Woehrling, José. “Le recours à la procédure de modification de l’article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec”, in Pierre Thibault, Benoît Pelletier and Louis Perret, eds., *Essays in Honour of Gérard-A. Beaudoin: The Challenges of Constitutionalism*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002, 449.
- Pinard, Danielle. « The Canadian Senate : An Upper House Criticized Yet Condemned to Survive Unchanged? », in Jörg Luther, Paolo Passaglia and Rolando Tarchi, eds., *A World of Second Chambers : Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*. Milan : Giuffrè, 2006, 459.
- Scott, Stephen A. « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes » (1982), 20 *U.W.O. L. Rev.* 247.
- Smith, David E. *The Canadian Senate in Bicameral Perspective*. Toronto : University of Toronto Press, 2003.
- Tremblay, Guy. « La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada » (2011), 41 *R.G.D.* 417.
- Walters, Mark D. « The Constitutional Form and Reform of the Senate : Thoughts on the Constitutionality of Bill C-7 » (2013), 7 *J.P.P.L.* 37.
- Walters, Mark D. « Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism », in Grant Huscroft, ed., *Expounding the Constitution : Essays in Constitutional Theory*. New York : Cambridge University Press, 2008, 245.
- Whyte, John D. « Senate Reform : What Does the Constitution Say? », in Jennifer Smith, ed., *The Democratic Dilemma : Reforming the Canadian Senate*. Montréal and Kingston : McGill-Queen’s University Press, 2009, 97.
- Woehrling, José. « Le recours à la procédure de modification de l’article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec », dans Pierre Thibault, Benoît Pelletier et Louis Perret, dir., *Les mélanges Gérard-A. Beaudoin : Les défis du constitutionnalisme*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002, 449.

REFERENCE by the Governor in Council concerning reform of the Senate, as set out in Order in Council P.C. 2013-70, dated February 1, 2013. Questions 1, 2, 3 and 5 are answered in the negative. Question 4 is answered in the affirmative with respect to s. 23(4). A full repeal of s. 23(3) requires a resolution of the legislative assembly of Quebec, pursuant to s. 43 of the *Constitution Act, 1982*. Question 6 is answered in the affirmative.

*Robert J. Frater, Christopher M. Rupar and Warren J. Newman*, for the Attorney General of Canada.

RENVOI par le gouverneur en conseil au sujet de la réforme du Sénat, institué aux termes du décret C.P. 2013-70 en date du 1<sup>er</sup> février 2013. Les questions 1, 2, 3 et 5 reçoivent une réponse négative. La question 4 reçoit une réponse affirmative à l’égard du par. 23(4). L’abrogation complète du par. 23(3) requiert une résolution de l’assemblée législative du Québec, en application de l’art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La question 6 reçoit une réponse affirmative.

*Robert J. Frater, Christopher M. Rupar et Warren J. Newman*, pour le procureur général du Canada.

*Michel Y. Hélie and Josh Hunter*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Jean-Yves Bernard and Jean-François Beaupré*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Edward A. Gores, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

*Denis Thériault and David D. Eidt*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Heather S. Leonoff, Q.C.*, and *Charles Murray*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Nancy E. Brown*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*D. Spencer Campbell, Q.C.*, *Rosemary S. Scott, Q.C.*, and *Jonathan M. Coady*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

*Graeme G. Mitchell, Q.C.*, and *J. Thomson Irvine*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Margaret Unsworth, Q.C.*, *Randy Steele* and *Donald Padget*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Philip Osborne and Barbara G. Barrowman*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

*Bradley E. Patzer and Anne F. Walker*, for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories.

*Norman M. Tarnow and Adrienne E. Silk*, for the intervener the Attorney General of Nunavut.

*The Honourable Serge Joyal, P.C.*, on his own behalf.

*Nicholas Peter McHaffie and Paul Beaudry*, for the intervener the Honourable Anne C. Cools.

*Michel Y. Hélie et Josh Hunter*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Jean-Yves Bernard et Jean-François Beaupré*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Edward A. Gores, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*Denis Thériault et David D. Eidt*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Heather S. Leonoff, c.r.*, et *Charles Murray*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Nancy E. Brown*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*D. Spencer Campbell, c.r.*, *Rosemary S. Scott, c.r.*, et *Jonathan M. Coady*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

*Graeme G. Mitchell, c.r.*, et *J. Thomson Irvine*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Margaret Unsworth, c.r.*, *Randy Steele* et *Donald Padget*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Philip Osborne et Barbara G. Barrowman*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

*Bradley E. Patzer et Anne F. Walker*, pour l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest.

*Norman M. Tarnow et Adrienne E. Silk*, pour l'intervenant le procureur général du Nunavut.

*L'honorable Serge Joyal, c.p.*, en personne.

*Nicholas Peter McHaffie et Paul Beaudry*, pour l'intervenante l'honorable Anne C. Cools.

*Sébastien Grammond, Mark C. Power, Jennifer Klinck and Perri Ravon*, for the intervener Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada.

*Serge Rousselle*, for the intervener Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick Inc.

*Daniel Jutras, John J. L. Hunter, Q.C., Brent B. Olthuis, Claire E. Hunter and Kate Glover*, for the *amicus curiae*.

The following is the opinion delivered by

THE COURT —

### I. Introduction

[1] The Senate is one of Canada's foundational political institutions. It lies at the heart of the agreements that gave birth to the Canadian federation. Yet from its first sittings, voices have called for reform of the Senate and even, on occasion, for its outright abolition.

[2] The Government of Canada now asks this Court, under s. 53 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, to answer essentially four questions: (1) Can Parliament unilaterally implement a framework for consultative elections for appointments to the Senate? (2) Can Parliament unilaterally set fixed terms for Senators? (3) Can Parliament unilaterally remove from the *Constitution Act, 1867* the requirement that Senators must own land worth \$4,000 in the province for which they are appointed and have a net worth of at least \$4,000? and (4) What degree of provincial consent is required to abolish the Senate?

[3] We conclude that Parliament cannot unilaterally achieve most of the proposed changes to the Senate, which require the consent of at least seven provinces representing, in the aggregate, at least half of the population of all the provinces. We further conclude that abolition of the Senate requires the

*Sébastien Grammond, Mark C. Power, Jennifer Klinck et Perri Ravon*, pour l'intervenante la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada.

*Serge Rousselle*, pour l'intervenante la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick Inc.

*Daniel Jutras, John J. L. Hunter, c.r., Brent B. Olthuis, Claire E. Hunter et Kate Glover*, pour l'*amicus curiae*.

Version française de l'avis rendu par

LA COUR —

### I. Introduction

[1] Le Sénat est une des institutions politiques fondamentales du Canada. Il se situe au cœur des ententes ayant donné naissance à la fédération canadienne. Pourtant, depuis ses premières séances, des voix se sont élevées pour réclamer sa réforme, et même, parfois, son abolition.

[2] Le gouvernement du Canada pose maintenant essentiellement quatre questions à la Cour, en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26 : (1) Le Parlement peut-il unilatéralement instaurer un régime d'élections consultatives en vue de nommer les sénateurs? (2) Le Parlement peut-il unilatéralement prévoir des mandats d'une durée fixe pour les sénateurs? (3) Le Parlement peut-il retrancher unilatéralement de la *Loi constitutionnelle de 1867* l'exigence selon laquelle les sénateurs doivent posséder des terres d'une valeur de 4 000 \$ dans la province pour laquelle ils sont nommés ainsi qu'un avoir net d'au moins 4 000 \$? (4) Quel est le degré de consentement provincial nécessaire pour abolir le Sénat?

[3] Nous concluons que le Parlement ne peut unilatéralement apporter au Sénat la plupart des changements proposés, qui exigent le consentement d'au moins sept provinces dont la population confondue représente au moins la moitié de la population de toutes les provinces. Nous

consent of all of the provinces. Abolition of the Senate would fundamentally change Canada's constitutional structure, including its procedures for amending the Constitution, and can only be done with unanimous federal-provincial consensus.

[4] This said, our conclusions are tied to the specific questions that were put before the Court. Our role is not to speculate on the full range of possible changes to the Senate. Rather, the proper role of this Court in the ongoing debate regarding the future of the Senate is to determine the legal framework for implementing the specific changes contemplated in the questions put to us. The desirability of these changes is not a question for the Court; it is an issue for Canadians and their legislatures.

## II. The Reference Questions

[5] On February 1, 2013, the Governor in Council issued Order in Council P.C. 2013-70, which referred the following questions to this Court, under s. 53 of the *Supreme Court Act*:

1. In relation to each of the following proposed limits to the tenure of Senators, is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to make amendments to section 29 of the *Constitution Act, 1867* providing for

- (a) a fixed term of nine years for Senators, as set out in clause 5 of Bill C-7, the *Senate Reform Act*;
- (b) a fixed term of ten years or more for Senators;
- (c) a fixed term of eight years or less for Senators;
- (d) a fixed term of the life of two or three Parliaments for Senators;
- (e) a renewable term for Senators, as set out in clause 2 of Bill S-4, *Constitution Act, 2006 (Senate tenure)*;

concluons en outre que l'abolition du Sénat exige le consentement de l'ensemble des provinces. En effet, l'abolition de cette institution modifierait de façon fondamentale la structure constitutionnelle canadienne, y compris les procédures de modification de la Constitution. Un tel changement exigerait un consensus fédéral-provincial unanime.

[4] Cela dit, nos conclusions se limitent aux questions précises qui ont été posées à la Cour, à qui il n'appartient pas de spéculer sur l'éventail complet des changements susceptibles de toucher le Sénat. Dans le débat actuel sur l'avenir de cette institution, le rôle de la Cour consiste plutôt à énoncer le cadre légal applicable pour la mise en œuvre des changements précis envisagés par les questions dont elle est saisie. Il ne nous revient pas de juger de l'opportunité de ces changements; il appartient plutôt aux Canadiens et à leurs institutions législatives d'en décider.

## II. Les questions posées dans le renvoi

[5] Le 1<sup>er</sup> février 2013, le gouverneur en conseil a pris le décret C.P. 2013-70 soumettant les questions suivantes à la Cour en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* :

1. Pour chacune des limites ci-après proposées pour la durée du mandat des sénateurs, le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour apporter les modifications à l'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867* afin de prévoir :

- a) un mandat d'une durée fixe de neuf ans, tel que le propose l'article 5 du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat*;
- b) un mandat d'une durée fixe de dix ans ou plus;
- c) un mandat d'une durée fixe de huit ans ou moins;
- d) un mandat d'une durée fixe de deux ou trois législatures;
- e) le renouvellement du mandat des sénateurs, tel que le propose l'article 2 du projet de loi S-4, *Loi constitutionnelle de 2006 (durée du mandat des sénateurs)*;

(f) limits to the terms for Senators appointed after October 14, 2008 as set out in subclause 4(1) of Bill C-7, the *Senate Reform Act*; and

(g) retrospective limits to the terms for Senators appointed before October 14, 2008?

**2.** Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 91 of the *Constitution Act, 1867*, or section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to enact legislation that provides a means of consulting the population of each province and territory as to its preferences for potential nominees for appointment to the Senate pursuant to a national process as was set out in Bill C-20, the *Senate Appointment Consultations Act*?

**3.** Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 91 of the *Constitution Act, 1867*, or section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to establish a framework setting out a basis for provincial and territorial legislatures to enact legislation to consult their population as to their preferences for potential nominees for appointment to the Senate as set out in the schedule to Bill C-7, the *Senate Reform Act*?

**4.** Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to repeal subsections 23(3) and (4) of the *Constitution Act, 1867* regarding property qualifications for Senators?

**5.** Can an amendment to the Constitution of Canada to abolish the Senate be accomplished by the general amending procedure set out in section 38 of the *Constitution Act, 1982*, by one of the following methods:

(a) by inserting a separate provision stating that the Senate is to be abolished as of a certain date, as an amendment to the *Constitution Act, 1867* or as a separate provision that is outside of the *Constitution Acts, 1867 to 1982* but that is still part of the Constitution of Canada;

(b) by amending or repealing some or all of the references to the Senate in the Constitution of Canada; or

(c) by abolishing the powers of the Senate and eliminating the representation of provinces pursuant to paragraphs 42(1)(b) and (c) of the *Constitution Act, 1982*?

f) une limite à la durée du mandat des sénateurs nommés après le 14 octobre 2008, tel que le propose le paragraphe 4(1) du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat*;

g) une limite rétrospective à la durée du mandat des sénateurs nommés avant le 14 octobre 2008?

**2.** Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour édicter des lois qui permettraient de consulter, dans le cadre d'un processus national, la population de chaque province et territoire afin de faire connaître ses préférences quant à la nomination de candidats sénatoriaux, conformément au projet de loi C-20, *Loi sur les consultations concernant la nomination des sénateurs*?

**3.** Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour prévoir un cadre qui viserait l'édition de lois par les législatures provinciales et territoriales — conformes à l'annexe du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat* —, pour consulter leurs populations afin de faire connaître leurs préférences quant à la nomination de candidats sénatoriaux?

**4.** Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour abroger les paragraphes 23(3) et (4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernant la qualification des sénateurs en matière de propriété?

**5.** Pourrait-on, par l'un des moyens ci-après, avoir recours à la procédure normale de modification prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour abolir le Sénat :

a) ajouter une disposition distincte prévoyant que le Sénat serait aboli à une date précise, à titre de modification de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou de disposition distincte des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* s'inscrivant néanmoins dans la Constitution du Canada;

b) modifier ou abroger en tout ou en partie les renvois au Sénat dans la Constitution du Canada;

c) abroger les pouvoirs du Sénat et éliminer la représentation des provinces en vertu des alinéas 42(1)(b) et (c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

6. If the general amending procedure set out in section 38 of the *Constitution Act, 1982* is not sufficient to abolish the Senate, does the unanimous consent procedure set out in section 41 of the *Constitution Act, 1982* apply?

[6] To illustrate the content of the proposed changes, the questions refer to Bills S-4, C-20, and C-7. While Bills S-4 and C-20 were tabled respectively in 2006 and 2007, Bill C-7 was given first reading on June 21, 2011. All three bills died on the Order Paper.

[7] Bill S-4 would replace the current senatorial term of office — which lasts until the attainment of the age of 75 — with renewable eight-year terms.

[8] Bills C-20 and C-7 each set out a detailed framework for consultative elections of “nominees” for Senate office. Under Bill C-20, the names of the winners of national consultative elections would be submitted to the Prime Minister of Canada, for consideration by him or her when recommending nominees to the Governor General for vacant Senate seats.

[9] Similarly, Bill C-7 provides that Senators would sit for a non-renewable nine-year term and sets out a model statute for provincial and territorial legislation creating consultative elections. It provides that the Prime Minister “must” consider names from the lists of successful candidates: cl. 3. Its appended model statute states the principle that Senators “should be chosen” from among those candidates: cl. 1 of the Schedule.

[10] This Court is not the first to consider the questions posed by the Reference. When Parliament introduced Bill C-7, the Government of Quebec asked the Quebec Court of Appeal to advise whether the proposed changes to the Senate could be achieved unilaterally by Parliament.

6. Si la procédure normale de modification prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne permet pas d'abolir le Sénat, faudrait-il recourir à la procédure de consentement unanime prévue à l'article 41 de cette loi?

[6] Pour illustrer le contenu des changements proposés au Sénat, les questions font référence aux projets de loi S-4, C-20 et C-7. Les deux premiers ont été déposés respectivement en 2006 et en 2007, tandis que le troisième a fait l'objet d'une première lecture le 21 juin 2011. Ces trois projets de loi sont morts au Feuilleton.

[7] Le projet de loi S-4 proposait de remplacer le mandat actuel des sénateurs — qui prend fin lorsqu'ils atteignent l'âge de 75 ans — par des mandats renouvelables de huit ans.

[8] Pour leur part, les projets de loi C-20 et C-7 proposaient chacun d'établir un régime détaillé d'élections consultatives permettant de choisir des « candidats » aux postes de sénateurs. Suivant le projet de loi C-20, les noms des candidats retenus lors d'élections consultatives nationales auraient été transmis au premier ministre du Canada pour qu'il en tienne compte au moment de recommander au gouverneur général des candidats pour combler les postes vacants au Sénat.

[9] De même, le projet de loi C-7 prévoyait confier aux sénateurs un mandat non renouvelable de neuf ans et énonçait une loi provinciale et territoriale type prescrivant la tenue d'élections consultatives. Il disposait aussi que le premier ministre « tien[drait] compte » des personnes dont le nom aurait figuré sur les listes de candidats retenus (art. 3), et la loi type qui y était annexée énonçait le principe selon lequel les sénateurs « devraient être choisis » parmi ces candidats : art. 1 de l'annexe.

[10] La Cour n'est pas la première à se pencher sur les questions posées en l'espèce. Quand le Parlement a présenté le projet de loi C-7, le gouvernement du Québec a demandé à la Cour d'appel de cette province si les changements au Sénat proposés pouvaient être apportés par une intervention unilatérale du Parlement.

[11] The Court of Appeal held that Parliament could not unilaterally change the terms for Senators or introduce consultative elections for the appointment of Senators: *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, 2013 QCCA 1807 (CanLII) (the “*Quebec Senate Reference*”). Rather, it found that these changes fall under s. 42 of the *Constitution Act, 1982* and require the consent of the legislative assemblies of at least two-thirds of the provinces that represent, in the aggregate, at least half of the population of all the provinces. In its view, the framers of the *Constitution Act, 1982* intended to constitutionally entrench the *status quo* with respect to the Senate until the day when broad federal-provincial consensus could be obtained on the matter of Senate reform.

[12] Although the Court of Appeal was not directly asked to consider how the Senate could be abolished, it expressed the view that abolition would require unanimous provincial consent: para. 29. It reasoned that abolition of the Senate would amend by implication the procedures for constitutional amendment in Part V of the *Constitution Act, 1982*, something which can only be done with unanimous provincial consent under s. 41(e) of the Act.

### III. The Senate

[13] It is appropriate to briefly introduce the institution at the heart of this Reference.

[14] The framers of the *Constitution Act, 1867* sought to adapt the British form of government to a new country, in order to have a “Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”: preamble. They wanted to preserve the British structure of a lower legislative chamber composed of elected representatives, an upper legislative chamber made up of elites appointed by the Crown, and the Crown as head of state.

[11] La Cour d’appel du Québec a conclu que le Parlement ne pouvait pas modifier unilatéralement la durée du mandat des sénateurs ou prévoir la tenue d’élections consultatives en vue de leur nomination : *Projet de loi fédéral relatif au Sénat (Re)*, 2013 QCCA 1807, [2013] R.J.Q. 1711 (le « *Renvoi québécois relatif au Sénat* »). Selon elle, ces changements relèvent plutôt de l’art. 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ne peuvent être réalisés qu’avec le consentement des assemblées législatives d’au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente au moins la moitié de la population de toutes les provinces. Toujours selon la Cour d’appel du Québec, les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont voulu constitutionnaliser le statu quo à l’égard du Sénat jusqu’à ce qu’un large consensus se réalise à propos de sa réforme.

[12] Bien qu’on ne lui ait pas demandé directement de se prononcer sur la façon d’abolir le Sénat, la Cour d’appel du Québec a affirmé que l’abolition de cette institution exigerait le consentement unanime des provinces : par. 29. Selon son raisonnement, l’abolition du Sénat changerait implicitement les procédures de modification de la Constitution prévues à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, or l’al. 41e) de cette loi exige le consentement unanime des provinces pour réaliser un tel changement.

### III. Le Sénat

[13] Il convient d’abord d’exposer brièvement la nature et l’histoire de l’institution au cœur du présent renvoi.

[14] Les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont cherché à adapter le modèle de gouvernement britannique à un nouveau pays, pour doter celui-ci d’une « constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » : préambule. Ils souhaitaient ainsi préserver la structure parlementaire britannique constituée d’une chambre législative basse où siègent des représentants élus, d’une chambre législative haute formée de membres de l’élite nommés par la Couronne, et de la Couronne en tant que chef de l’État.

[15] The upper legislative chamber, which the framers named the Senate, was modeled on the British House of Lords, but adapted to Canadian realities. As in the United Kingdom, it was intended to provide “sober second thought” on the legislation adopted by the popular representatives in the House of Commons: John A. Macdonald, Province of Canada, Legislative Assembly, *Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 3rd Sess., 8th Prov. Parl. (the “1865 Debates”), February 6, 1865, at p. 35. However, it played the additional role of providing a distinct form of representation for the regions that had joined Confederation and ceded a significant portion of their legislative powers to the new federal Parliament: *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at paras. 164-66, per LeBel J. While representation in the House of Commons was proportional to the population of the new Canadian provinces, each region was provided equal representation in the Senate irrespective of population. This was intended to assure the regions that their voices would continue to be heard in the legislative process even though they might become minorities within the overall population of Canada: George Brown, *1865 Debates*, February 8, 1865, at p. 88; D. Pinard, “The Canadian Senate: An Upper House Criticized Yet Condemned to Survive Unchanged?”, in J. Luther, P. Passaglia and R. Tarchi, eds., *A World of Second Chambers: Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism* (2006), 459, at p. 462.

[16] Over time, the Senate also came to represent various groups that were under-represented in the House of Commons. It served as a forum for ethnic, gender, religious, linguistic, and Aboriginal groups that did not always have a meaningful opportunity to present their views through the popular democratic process: B. Pelletier, “Réponses suggérées aux questions soulevées par le renvoi à la Cour suprême du Canada concernant la réforme du Sénat” (2013), 43 *R.G.D.* 445 (“Réponses suggérées”), at pp. 485-86.

[15] Ainsi, la chambre haute — appelée Sénat par les auteurs de la Constitution — a été créée sur le modèle de la Chambre des lords britannique, mais adaptée au contexte canadien. Comme au Royaume-Uni, elle a été conçue pour permettre de donner un [TRADUCTION] « second regard attentif » (« sober second thought ») aux mesures législatives adoptées par les représentants du peuple à la Chambre des communes : John A. Macdonald, Province du Canada, Assemblée législative, *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l’Amérique britannique du Nord*, 3<sup>e</sup> sess., 8<sup>e</sup> parlement provincial (les « *Débats de 1865* »), 6 février 1865, p. 35. Elle a toutefois aussi assuré une forme distincte de représentation des régions qui s’étaient jointes à la Confédération et qui, ce faisant, avaient cédé une partie importante de leurs pouvoirs législatifs au nouveau Parlement fédéral : *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 164-166, le juge LeBel. Même si la représentation des nouvelles provinces canadiennes à la Chambre des communes était proportionnelle à leur population, chaque région obtenait un nombre égal de représentants au Sénat, peu importe sa population. Cette règle d’égalité visait à assurer aux régions que leurs voix continueraient de se faire entendre dans le processus législatif, même si elles devenaient minoritaires au sein de l’ensemble de la population canadienne : George Brown, *Débats de 1865*, 8 février 1865, p. 87; D. Pinard, « The Canadian Senate : An Upper House Criticized Yet Condemned to Survive Unchanged? », dans J. Luther, P. Passaglia et R. Tarchi, dir., *A World of Second Chambers : Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism* (2006), 459, p. 462.

[16] Avec le temps, le Sénat en est aussi venu à représenter divers groupes sous-représentés à la Chambre des communes. Il a servi de tribune aux femmes ainsi qu’à des groupes ethniques, religieux, linguistiques et autochtones auxquels le processus démocratique populaire n’avait pas toujours donné une opportunité réelle de faire valoir leurs opinions : B. Pelletier, « Réponses suggérées aux questions soulevées par le renvoi à la Cour suprême du Canada concernant la réforme du Sénat » (2013), 43 *R.G.D.* 445 (« Réponses suggérées quant au renvoi sur le Sénat »), p. 485-486.



[17] Although the product of consensus, the Senate rapidly attracted criticism and reform proposals. Some felt that it failed to provide “sober second thought” and reflected the same partisan spirit as the House of Commons. Others criticized it for failing to provide meaningful representation of the interests of the provinces as originally intended, and contended that it lacked democratic legitimacy.

[18] In the years immediately preceding patriation of the Constitution, proposals for reform focused mainly on three aspects: (i) modifying the distribution of seats in the Senate;<sup>1</sup> (ii) circumscribing the powers of the Senate;<sup>2</sup> and (iii) changing the way in which Senators are selected for appointment.<sup>3</sup> These proposals assumed the continued existence of an upper chamber, but sought to improve its contribution to the legislative process.

[19] In 1978, the federal government tabled a bill to comprehensively reform the Senate by readjusting the distribution of seats between the regions; removing the Senate’s absolute veto over most legislation and replacing it with an ability to delay the adoption of legislation; and giving the House of Commons and the provincial legislatures the power to select Senators: *Constitutional Amendment Act, 1978* (Bill C-60), June 20, 1978, cls. 62 to 70. The bill was not adopted and, in 1980, this Court concluded that Parliament did not have the power under the Constitution as it then stood to unilaterally modify the fundamental features of the Senate or to abolish it: *Reference re Authority of Parliament*

[17] Même s’il a été le fruit d’un consensus, le Sénat a rapidement fait l’objet de critiques et de propositions de réforme. Certains étaient d’avis qu’il échouait à donner un « second regard attentif » aux projets de loi et qu’il y régnait le même esprit partisan qu’à la Chambre des communes. D’autres l’ont critiqué parce qu’il n’avait pas réellement réussi à représenter les intérêts des provinces comme on l’avait voulu au départ, et ont insisté sur son manque de légitimité démocratique.

[18] Durant les années ayant précédé le rapatriement de la Constitution, les propositions de réforme portaient principalement sur trois aspects : (i) modifier la répartition des sièges au Sénat<sup>1</sup>; (ii) circonscrire les pouvoirs du Sénat<sup>2</sup>; et (iii) changer le mode de sélection des sénateurs<sup>3</sup>. Ces propositions tenaient pour acquis que le Sénat continuerait d’exister, mais visaient à améliorer sa contribution au processus législatif.

[19] En 1978, le gouvernement fédéral a déposé un projet de loi pour réformer complètement le Sénat en rajustant la répartition des sièges entre les régions, en retirant au Sénat le veto absolu dont il dispose à l’égard de la plupart des lois et en lui conférant plutôt le pouvoir de retarder l’adoption de ces dernières, et en confiant à la Chambre des communes et aux législatures provinciales le pouvoir de choisir les sénateurs : *Loi constitutionnelle de 1978* (projet de loi C-60), 20 juin 1978, art. 62 à 70. Le projet de loi n’a pas été adopté. D’ailleurs, en 1980, la Cour a conclu que la Constitution, dans l’état où elle se trouvait à l’époque, ne permettait pas au Parlement de modifier unilatéralement les

1 See for example *The Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada: Final Report* (1972) (the “Molgat-MacGuigan Report”), at p. 35; *Report on Certain Aspects of the Canadian Constitution* (1980), at pp. 35-36; P. McCormick, E. C. Manning and G. Gibson, *Regional Representation: The Canadian Partnership* (1981), at pp. 109-10.

2 See for example the Task Force on Canadian Unity, *A Future Together: Observations and Recommendations* (1979), at pp. 98 and 128-29.

3 See for example the Molgat-MacGuigan Report, at p. 35, and the discussion in M. Lalonde, *Constitutional Reform: House of the Federation* (1978), at pp. 7 et seq.

1 Voir par exemple *Le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada : Rapport final* (1972) (le « rapport Molgat-MacGuigan »), p. 35; *Rapport sur certains aspects de la Constitution canadienne* (1980), p. 36-37; P. McCormick, E. C. Manning et G. Gibson, *Regional Representation : The Canadian Partnership* (1981), p. 109-110.

2 Voir par exemple la Commission de l’unité canadienne, *Se retrouver : Observations et recommandations* (1979), p. 105 et 136-137.

3 Voir par exemple le rapport Molgat-MacGuigan, p. 35; M. Lalonde, *La réforme constitutionnelle : La Chambre de la Fédération* (1978), p. 7 et suiv.

*in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54 (“*Upper House Reference*”).

[20] Despite ongoing criticism and failed attempts at reform, the Senate has remained largely unchanged since its creation. The question before us now is not whether the Senate should be reformed or what reforms would be preferable, but rather how the specific changes set out in the Reference can be accomplished under the Constitution. This brings us to the issue of constitutional amendment in Canada.

#### IV. The Part V Amending Procedures

[21] The statute that created the Senate — the *Constitution Act, 1867* — forms part of the Constitution of Canada and can only be amended in accordance with the Constitution’s procedures for amendment: s. 52(2) and (3), *Constitution Act, 1982*. Consequently, we must determine whether the changes contemplated in the Reference amend the Constitution and, if so, which amendment procedures are applicable.

[22] Before answering these questions, we discuss constitutional amendment in Canada generally. We examine in turn the nature and content of the Constitution of Canada, the concept of constitutional amendment, and the Constitution’s procedures for amendment.

##### A. *The Constitution of Canada*

[23] The Constitution of Canada is “a comprehensive set of rules and principles” that provides “an exhaustive legal framework for our system of government”: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (“*Secession Reference*”), at para. 32. It defines the powers of the constituent

caractéristiques fondamentales du Sénat ou de l’abolir : *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54 (« *Renvoi relatif à la Chambre haute* »).

[20] Malgré des critiques persistantes et l’échec des tentatives visant à le réformer, le Sénat n’a pas beaucoup changé depuis sa création. La question dont nous sommes maintenant saisis n’est pas celle de l’opportunité de réformer le Sénat ni celle de déterminer quelles réformes seraient préférables, mais plutôt celle d’examiner comment les changements précis envisagés dans le renvoi peuvent être mis en œuvre dans le respect de la Constitution. Ce constat nous amène à la question relative aux modifications constitutionnelles au Canada.

#### IV. Les procédures de modification prévues à la partie V

[21] La loi qui a créé le Sénat — la *Loi constitutionnelle de 1867* — fait partie intégrante de la Constitution du Canada. Elle ne peut être modifiée qu’en conformité avec les procédures de modification prévues par la Constitution : *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 52(2) et (3). Nous devons donc déterminer si les modifications envisagées dans le renvoi modifient la Constitution et, le cas échéant, quelles sont les procédures de modification applicables.

[22] Avant de répondre à ces questions, nous nous pencherons sur le problème de la modification de la Constitution canadienne de façon générale. Nous examinerons successivement la nature et le contenu de la Constitution du Canada, le concept de modification constitutionnelle, puis les procédures de modification de la Constitution.

##### A. *La Constitution du Canada*

[23] La Constitution du Canada forme « un ensemble complet de règles et de principes » offrant « un cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement » : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (« *Renvoi relatif à la sécession* »), par. 32. Elle définit les pouvoirs des

elements of Canada’s system of government — the executive, the legislatures, and the courts — as well as the division of powers between the federal and provincial governments: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*Provincial Court Judges Reference*”), at para. 108. And it governs the state’s relationship with the individual. Governmental power cannot lawfully be exercised, unless it conforms to the Constitution: s. 52(1), *Constitution Act, 1982*; *Secession Reference*, at paras. 70-78; *Reference re Supreme Court Act*, ss. 5 and 6, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433 (“*Supreme Court Act Reference*”), at para. 89.

[24] The Constitution of Canada is defined in s. 52(2) of the *Constitution Act, 1982* as follows:

52. . . .

(2) The Constitution of Canada includes

(a) the *Canada Act 1982*, including this Act;

(b) the Acts and orders referred to in the schedule; and

(c) any amendment to any Act or order referred to in paragraph (a) or (b).

The documents listed in the Schedule to the *Constitution Act, 1982* as forming part of the Constitution include the *Constitution Act, 1867*. Section 52 does not provide an exhaustive definition of the content of the Constitution of Canada: *Supreme Court Act Reference*, at paras. 97-100; *Secession Reference*, at para. 32.

[25] The Constitution implements a structure of government and must be understood by reference to “the constitutional text itself, the historical context, and previous judicial interpretations of constitutional meaning”: *Secession Reference*, at para. 32; see, generally, H. Cyr, “L’absurdité du critère scriptural pour qualifier la constitution” (2012), 6 *J.P.P.L.*

éléments constitutifs du régime gouvernemental canadien — l’exécutif, le législatif et le judiciaire — ainsi que le partage des compétences entre le fédéral et les provinces : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* »), par. 108. Elle régit aussi la relation de l’État avec le citoyen. En outre, un pouvoir gouvernemental ne peut être exercé légalement que s’il est conforme à la Constitution : *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 52(1); *Renvoi relatif à la sécession*, par. 70-78; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433 (« *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême* »), par. 89.

[24] Le paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* définit la Constitution du Canada en ces termes :

52. . . .

(2) La Constitution du Canada comprend :

a) la *Loi de 1982 sur le Canada*, y compris la présente loi;

b) les textes législatifs et les décrets figurant à l’annexe;

c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b).

Les documents énumérés à l’annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, comme faisant partie de la Constitution, comprennent la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, l’art. 52 ne définit pas de façon exhaustive le contenu de la Constitution du Canada : *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 97-100; *Renvoi relatif à la sécession*, par. 32.

[25] La Constitution met en place une structure de gouvernement et doit être interprétée au regard « du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle » : *Renvoi relatif à la sécession*, par. 32; voir, de façon générale, H. Cyr, « L’absurdité du critère scriptural pour

293. The rules of constitutional interpretation require that constitutional documents be interpreted in a broad and purposive manner and placed in their proper linguistic, philosophic, and historical contexts: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Supreme Court Act Reference*, at para. 19. Generally, constitutional interpretation must be informed by the foundational principles of the Constitution, which include principles such as federalism, democracy, the protection of minorities, as well as constitutionalism and the rule of law: *Secession Reference*; *Provincial Court Judges Reference*; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.

[26] These rules and principles of interpretation have led this Court to conclude that the Constitution should be viewed as having an “internal architecture”, or “basic constitutional structure”: *Secession Reference*, at para. 50; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 57; see also *Supreme Court Act Reference*, at para. 82. The notion of architecture expresses the principle that “[t]he individual elements of the Constitution are linked to the others, and must be interpreted by reference to the structure of the Constitution as a whole”: *Secession Reference*, at para. 50; see also the discussion on this Court’s approach to constitutional interpretation in M. D. Walters, “Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism”, in G. Huscroft, ed., *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (2008), 245, at pp. 264-65. In other words, the Constitution must be interpreted with a view to discerning the structure of government that it seeks to implement. The assumptions that underlie the text and the manner in which the constitutional provisions are intended to interact with one another must inform our interpretation, understanding, and application of the text.

qualifier la constitution » (2012), 6 *J.P.P.L.* 293. Les règles d’interprétation constitutionnelle exigent que les documents constitutionnels reçoivent une interprétation large et téléologique et qu’ils soient situés dans leurs contextes linguistique, philosophique et historique appropriés : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-156; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 19. De façon générale, l’interprétation constitutionnelle doit reposer sur les principes de base de la Constitution, tels le fédéralisme, la démocratie, la protection des minorités, ainsi que le constitutionnalisme et la primauté du droit : *Renvoi relatif à la sécession*; *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

[26] Ces règles et principes d’interprétation ont amené la Cour à conclure que la Constitution possède une « architecture interne », ou une « structure constitutionnelle fondamentale » : *Renvoi relatif à la sécession*, par. 50; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 57; voir aussi le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 82. La notion d’architecture exprime le principe selon lequel « [c]haque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l’ensemble de sa structure » : *Renvoi relatif à la sécession*, par. 50; voir aussi l’analyse relative à l’approche adoptée par la Cour à l’égard de l’interprétation constitutionnelle dans M. D. Walters, « Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism », dans G. Huscroft, dir., *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (2008), 245, p. 264-265. Autrement dit, la Constitution doit être interprétée de façon à discerner la structure de gouvernement qu’elle vise à mettre en œuvre. Les prémisses qui sous-tendent le texte et la façon dont les dispositions constitutionnelles sont censées interagir les unes avec les autres doivent contribuer à notre interprétation et à notre compréhension du texte, ainsi qu’à son application.

### B. *Amendments to the Constitution of Canada*

[27] The concept of an “amendment to the Constitution of Canada”, within the meaning of Part V of the *Constitution Act, 1982*, is informed by the nature of the Constitution and its rules of interpretation. As discussed, the Constitution should not be viewed as a mere collection of discrete textual provisions. It has an architecture, a basic structure. By extension, amendments to the Constitution are not confined to textual changes. They include changes to the Constitution’s architecture.

### C. *The Part V Amending Procedures*

[28] Part V of the *Constitution Act, 1982* provides the blueprint for how to amend the Constitution of Canada (see Appendix). It tells us what changes Parliament and the provincial legislatures can make unilaterally, what changes require substantial federal and provincial consent, and what changes require unanimous agreement.

#### (1) History

[29] The Part V amending formula reflects the principle that constitutional change that engages provincial interests requires both the consent of Parliament and a significant degree of provincial consent. Prior to patriation, constitutional amendment in Canada required the adoption of a law by the British Parliament following a joint resolution addressed to it by the Senate and the House of Commons, since the *Constitution Act, 1867* was an Act of the British Parliament. There was no formal requirement for consultation with the provinces. However, in practice, throughout the 20th century, the federal government consulted with the provinces on constitutional amendments that directly affected federal-provincial relations, and obtained their consent before putting a joint address to the British Parliament: Canada, Minister of Justice, *The*

### B. *Les modifications de la Constitution du Canada*

[27] Le concept de « modification de la Constitution du Canada », au sens de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, doit être compris au regard de la nature de la Constitution et des règles applicables à son interprétation. Comme nous l’avons vu, la Constitution ne doit pas être considérée comme un simple ensemble de dispositions écrites isolées. Elle a une architecture, une structure fondamentale. Par extension, les modifications constitutionnelles ne se limitent pas aux modifications apportées au texte de la Constitution. Elles comprennent aussi les modifications à son architecture.

### C. *Les procédures de modification prévues à la partie V*

[28] La partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* détermine la procédure nécessaire pour modifier la Constitution du Canada (voir l’annexe). Elle précise quelles modifications peuvent être apportées unilatéralement par le Parlement et les législatures provinciales, quelles modifications exigent un degré appréciable de consentement fédéral et provincial, et quelles modifications nécessitent un consentement unanime.

#### (1) Historique

[29] La formule de modification prévue à la partie V reflète le principe selon lequel les modifications constitutionnelles mettant en cause des intérêts provinciaux exigent à la fois le consentement du Parlement et un degré appréciable de consentement provincial. Puisque, avant le rapatriement, la *Loi constitutionnelle de 1867* était une loi du Parlement britannique, une modification à la Constitution du Canada exigeait l’adoption d’une loi du Parlement britannique en réponse à une résolution conjointe que devaient lui adresser le Sénat et la Chambre des communes. Il n’y avait aucune exigence formelle de consulter les provinces. Toutefois, en pratique, tout au long du 20<sup>e</sup> siècle, le gouvernement fédéral a consulté les provinces relativement aux modifications constitutionnelles touchant directement les relations fédérales-provinciales et

*Amendment of the Constitution of Canada* (1965) (“Favreau”), at pp. 15-16. By the time of patriation, this practice had ripened into a constitutional convention requiring substantial consent to constitutional change directly affecting federal-provincial relations: *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at pp. 889-95; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793.

[30] Beginning in the 1930s, the federal government and the provinces held a series of conferences to discuss the possibility of adopting a formal amending formula. This produced several proposals: see in particular the Fulton-Favreau formula in Favreau, at pp. 110-15; and the Victoria Charter, in *Constitutional Conference: Proceedings* (1971), App. B. In October 1980, amid efforts to achieve broad constitutional reform, the federal government tabled a new proposed amending formula in the House of Commons and the Senate: “Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen respecting the Constitution of Canada”, in *The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada* (1980). In response, the provincial premiers developed a counter-proposal that became the template for Part V of the *Constitution Act, 1982* — the “April Accord” of 1981: *Constitutional Accord: Canadian Patriation Plan* (1981).

[31] The April Accord, and ultimately Part V, reflect the political consensus that the provinces must have a say in constitutional changes that engage their interests. The “underlying purpose” of these documents is “to constrain unilateral federal powers to effect constitutional change”: P. J. Monahan and B. Shaw, *Constitutional Law* (4th ed. 2013), at p. 204; *Supreme Court Act Reference*, at paras. 98-100. They also consecrate the principle of “the constitutional equality of provinces as equal

obtenu leur consentement avant de soumettre une adresse conjointe au Parlement britannique : Canada, ministre de la Justice, *Modification de la Constitution du Canada* (1965) (« Favreau »), p. 15-16. Au moment du rapatriement, cette pratique était devenue une convention constitutionnelle selon laquelle il fallait un consentement provincial appréciable pour solliciter des modifications constitutionnelles ayant un effet direct sur les relations fédérales-provinciales : *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 889-895; *Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.

[30] À partir des années 30, le gouvernement fédéral et les provinces ont tenu une série de conférences pour discuter de la possibilité d’adopter une formule de modification formelle. Ces discussions ont donné lieu à plusieurs propositions : voir en particulier la formule Fulton-Favreau, dans Favreau, p. 120-125; et la Charte de Victoria, dans *Conférence constitutionnelle : Délibérations* (1971), ann. B. En octobre 1980, dans le cadre des efforts visant à réaliser une réforme constitutionnelle d’envergure, le gouvernement fédéral a déposé une nouvelle proposition de formule de modification à la Chambre des communes et au Sénat : « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada », dans *La Constitution canadienne 1980 : Projet de résolution concernant la Constitution du Canada* (1980). En réponse, les premiers ministres provinciaux ont élaboré une contre-proposition — l’« Accord d’avril » de 1981 — qui est devenue le canevas de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982 : Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution* (1981).

[31] L’Accord d’avril et, en définitive, la partie V reflètent le consensus politique selon lequel les provinces doivent avoir un droit de participation aux modifications constitutionnelles mettant en cause leurs intérêts. L’[TRADUCTION] « objectif sous-jacent » de ces textes consiste « à restreindre les pouvoirs de modification unilatérale de la Constitution conférés au fédéral » : P. J. Monahan et B. Shaw, *Constitutional Law* (4<sup>e</sup> éd. 2013), p. 204; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*,

partners in Confederation”: *Constitutional Accord: Canadian Patriation Plan*, General Comment, in Part A, at p. 1. In principle, no province stands above the others with respect to constitutional amendments, and all provinces are given the same rights in the process of amendment. The result is an amending formula designed to foster dialogue between the federal government and the provinces on matters of constitutional change, and to protect Canada’s constitutional *status quo* until such time as reforms are agreed upon.

## (2) The Amending Procedures

[32] Part V contains four categories of amending procedures. The first is the general amending procedure (s. 38, complemented by s. 42), which requires a substantial degree of consensus between Parliament and the provincial legislatures. The second is the unanimous consent procedure (s. 41), which applies to certain changes deemed fundamental by the framers of the *Constitution Act, 1982*. The third is the special arrangements procedure (s. 43), which applies to amendments in relation to provisions of the Constitution that apply to some, but not all, of the provinces. The fourth is made up of the unilateral federal and provincial procedures, which allow unilateral amendment of aspects of government institutions that engage purely federal or provincial interests (ss. 44 and 45).

### (a) *The General Amending Procedure*

[33] Section 38 of the *Constitution Act, 1982* provides:

**38.** (1) An amendment to the Constitution of Canada may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada where so authorized by

(a) resolutions of the Senate and House of Commons; and

par. 98-100. On y consacre aussi le principe de « l’égalité constitutionnelle des provinces comme partenaires égaux au sein de la Confédération » : *Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution*, Observations générales, partie A, p. 1. En principe, les provinces sont sur un pied d’égalité en ce qui concerne les modifications constitutionnelles, et toutes les provinces jouissent des mêmes droits dans le processus de modification. La formule de modification ainsi établie est conçue pour favoriser le dialogue entre le gouvernement fédéral et les provinces sur les questions relatives à la modification de la Constitution, et pour préserver le statu quo constitutionnel au Canada jusqu’à ce que les parties prenantes s’entendent sur des réformes.

## (2) Les procédures de modification

[32] La partie V prévoit quatre catégories de procédures de modification. La première, la procédure normale de modification (art. 38, complété par l’art. 42), exige un degré appréciable de consensus entre le Parlement et les législatures provinciales. La deuxième, la procédure de consentement unanime (art. 41), s’applique à certaines modifications jugées fondamentales par les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La troisième, la procédure relative aux arrangements spéciaux (art. 43), vise les modifications apportées à des dispositions de la Constitution qui s’appliquent à certaines provinces uniquement. La quatrième, la procédure de modification unilatérale fédérale et provinciale, concerne certains aspects d’institutions gouvernementales mettant en cause des intérêts purement fédéraux ou provinciaux (art. 44 et 45).

### a) *La procédure normale de modification*

[33] L’article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit :

**38.** (1) La Constitution du Canada peut être modifiée par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée à la fois :

a) par des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes;

(b) resolutions of the legislative assemblies of at least two-thirds of the provinces that have, in the aggregate, according to the then latest general census, at least fifty per cent of the population of all the provinces.

(2) An amendment made under subsection (1) that derogates from the legislative powers, the proprietary rights or any other rights or privileges of the legislature or government of a province shall require a resolution supported by a majority of the members of each of the Senate, the House of Commons and the legislative assemblies required under subsection (1).

(3) An amendment referred to in subsection (2) shall not have effect in a province the legislative assembly of which has expressed its dissent thereto by resolution supported by a majority of its members prior to the issue of the proclamation to which the amendment relates unless that legislative assembly, subsequently, by resolution supported by a majority of its members, revokes its dissent and authorizes the amendment.

(4) A resolution of dissent made for the purposes of subsection (3) may be revoked at any time before or after the issue of the proclamation to which it relates.

[34] The process set out in s. 38 is the general rule for amendments to the Constitution of Canada. It reflects the principle that substantial provincial consent must be obtained for constitutional change that engages provincial interests. Section 38 codifies what is colloquially referred to as the “7/50” procedure — amendments to the Constitution of Canada must be authorized by resolutions of the Senate, the House of Commons, and legislative assemblies of at least seven provinces whose population represents, in the aggregate, at least half of the current population of all the provinces. Additionally, it grants to the provinces the right to “opt out” of constitutional amendments that “derogat[e] from the legislative powers, the proprietary rights or any other rights or privileges of the legislature or government of a province”.

[35] By requiring significant provincial consensus while stopping short of unanimity, s. 38 “achieves a compromise between the demands of legitimacy

b) par des résolutions des assemblées législatives d’au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représentée, selon le recensement général le plus récent à l’époque, au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces.

(2) Une modification faite conformément au paragraphe (1) mais dérogatoire à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d’une législature ou d’un gouvernement provincial exige une résolution adoptée à la majorité des sénateurs, des députés fédéraux et des députés de chacune des assemblées législatives du nombre requis de provinces.

(3) La modification visée au paragraphe (2) est sans effet dans une province dont l’assemblée législative a, avant la prise de la proclamation, exprimé son désaccord par une résolution adoptée à la majorité des députés, sauf si cette assemblée, par résolution également adoptée à la majorité, revient sur son désaccord et autorise la modification.

(4) La résolution de désaccord visée au paragraphe (3) peut être révoquée à tout moment, indépendamment de la date de la proclamation à laquelle elle se rapporte.

[34] Cette disposition décrit le processus généralement applicable pour modifier la Constitution canadienne. Celui-ci reflète le principe selon lequel il est nécessaire d’obtenir le consentement d’un nombre appréciable de provinces pour apporter des modifications constitutionnelles qui touchent leurs intérêts. L’article 38 codifie ce qu’on appelle communément la procédure « 7/50 », selon laquelle les modifications à la Constitution du Canada doivent être autorisées par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et des assemblées législatives d’au moins sept provinces dont la population confondue représente au moins la moitié de la population de toutes les provinces. Il confère aussi à ces dernières le droit de « se soustraire » aux modifications constitutionnelles dérogatoires « à l[eur] compétence législative, [à leurs] droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges [de leur] législature ou [de leur] gouvernement ».

[35] En exigeant un consensus provincial appréciable plutôt que l’unanimité, l’art. 38 [TRADUCTION] « réalise un compromis entre les exigences de



and flexibility”: J. Cameron, “To Amend the Process of Amendment”, in G.-A. Beaudoin et al., *Federalism for the Future: Essential Reforms* (1998), 315, at p. 324. Its “underlying purpose . . . is to protect the provinces from having their rights or privileges negatively affected without their consent”: Monahan and Shaw, at p. 192.

[36] The s. 38 procedure represents the balance deemed appropriate by the framers of the *Constitution Act, 1982* for most constitutional amendments, apart from those contemplated in one of the other provisions in Part V. Section 38 is thus the procedure of general application for amendments to the Constitution of Canada. As a result, the other procedures in Part V should be construed as exceptions to the general rule.

[37] Section 42 complements s. 38 by expressly identifying certain categories of amendments to which the 7/50 procedure in s. 38(1) applies:

**42.** (1) An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made only in accordance with subsection 38(1):

- (a) the principle of proportionate representation of the provinces in the House of Commons prescribed by the Constitution of Canada;
- (b) the powers of the Senate and the method of selecting Senators;
- (c) the number of members by which a province is entitled to be represented in the Senate and the residence qualifications of Senators;
- (d) subject to paragraph 41(d), the Supreme Court of Canada;
- (e) the extension of existing provinces into the territories; and
- (f) notwithstanding any other law or practice, the establishment of new provinces.

(2) Subsections 38(2) to (4) do not apply in respect of amendments in relation to matters referred to in subsection (1).

légitimité et de souplesse » : J. Cameron, « To Amend the Process of Amendment », dans G.-A. Beaudoin et autres, *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles* (1998), 315, p. 324. Cette disposition [TRADUCTION] « vise fondamentalement [. . .] à assurer aux provinces que leurs droits et privilèges ne seront pas touchés sans leur consentement » : Monahan et Shaw, p. 192.

[36] La procédure prévue à l’art. 38 représente l’équilibre que les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont jugé approprié pour la plupart des modifications constitutionnelles, soit toutes les modifications sauf celles visées par une des autres dispositions de la partie V. L’article 38 décrit donc la procédure normalement appliquée pour modifier la Constitution canadienne. Les autres procédures énoncées à la partie V devraient alors être considérées comme des exceptions à cette règle générale.

[37] L’article 42 complète l’art. 38 en prévoyant expressément certaines catégories de modifications auxquelles s’applique la procédure 7/50 énoncée au par. 38(1) :

**42.** (1) Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait conformément au paragraphe 38(1) :

- a) le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes prévu par la Constitution du Canada;
- b) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs;
- c) le nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu’ils doivent remplir;
- d) sous réserve de l’alinéa 41d), la Cour suprême du Canada;
- e) le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires;
- f) par dérogation à toute autre loi ou usage, la création de provinces.

(2) Les paragraphes 38(2) à (4) ne s’appliquent pas aux questions mentionnées au paragraphe (1).

[38] This provision serves two purposes. First, the express inclusion of certain matters in s. 42 provided the framers of the *Constitution Act, 1982* with greater certainty that the 7/50 procedure would apply to amendments in relation to those matters: J. D. Whyte, “Senate Reform: What Does the Constitution Say?”, in J. Smith, ed., *The Democratic Dilemma: Reforming the Canadian Senate* (2009), 97, at p. 102. Second, the provincial right to “opt out” of certain amendments contemplated in s. 38(2) to (4) does not apply to the categories of amendments in s. 42. This ensures that amendments made under s. 42 will apply consistently to all the provinces and allows the changes contemplated in the provision to be implemented in a coherent manner throughout Canada.

[39] Section 42(1)(b) of the *Constitution Act, 1982* expressly makes the general amendment procedure applicable to amendments in relation to “the powers of the Senate and the method of selecting Senators”. We discuss below the meaning of this statutory language and its bearing on the questions before us.

(b) *The Unanimous Consent Procedure*

[40] Section 41 of the *Constitution Act, 1982* sets out an amending procedure requiring unanimous consent in relation to certain matters:

**41.** An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province:

- (a) the office of the Queen, the Governor General and the Lieutenant Governor of a province;
- (b) the right of a province to a number of members in the House of Commons not less than the number of Senators by which the province is entitled to be represented at the time this Part comes into force;
- (c) subject to section 43, the use of the English or the French language;

[38] Cette disposition poursuit deux objectifs. Le premier consiste à donner aux auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* la certitude que la procédure 7/50 s’applique aux modifications portant sur certaines questions qui y sont expressément incluses : J. D. Whyte, « Senate Reform : What Does the Constitution Say? », dans J. Smith, dir., *The Democratic Dilemma : Reforming the Canadian Senate* (2009), 97, p. 102. Le deuxième, à déclarer que le droit des provinces de « se soustraire » à certaines modifications visées aux par. 38(2) à (4) ne s’applique pas aux catégories de modifications prévues à l’art. 42. Ainsi, les modifications apportées sous le régime de l’art. 42 s’appliquent de manière uniforme à toutes les provinces et les changements visés par la disposition sont mis en œuvre de manière cohérente partout au pays.

[39] L’alinéa 42(1)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit expressément que la procédure normale de modification s’applique aux modifications portant sur « les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs ». Nous discuterons plus loin du sens à donner à ces termes et de leur incidence sur les questions dont nous sommes saisis.

b) *La procédure de consentement unanime*

[40] L’article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce une procédure de modification exigeant un consentement unanime pour certaines questions :

**41.** Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l’assemblée législative de chaque province :

- a) la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur;
- b) le droit d’une province d’avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle est habilitée à être représentée lors de l’entrée en vigueur de la présente partie;
- c) sous réserve de l’article 43, l’usage du français ou de l’anglais;

(d) the composition of the Supreme Court of Canada;  
and

(e) an amendment to this Part.

[41] Section 41 requires the unanimous consent of the Senate, the House of Commons, and all the provincial legislative assemblies for the categories of amendments enumerated in the provision. It “accords the highest level of constitutional protection and entrenchment” to the enumerated matters: W. J. Newman, “Living with the Amending Procedures: Prospects for Future Constitutional Reform in Canada” (2007), 37 *S.C.L.R.* (2d) 383, at p. 388. It is an exception to the general amending procedure. It creates an exacting amending procedure that is designed to apply to certain fundamental changes to the Constitution of Canada. Professor Pelletier aptly describes the rationale for requiring unanimity for the enumerated categories of amendments:

[TRANSLATION] . . . the unanimity rule provided for in section 41 of the 1982 Act is justified by the need . . . to give each of the partners of Canada’s federal compromise a veto on those topics that are considered the most essential to the survival of the state.

(B. Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada* (1996), at p. 208)

(c) *The Special Arrangements Procedure*

[42] Section 43 of the *Constitution Act, 1982* provides:

**43.** An amendment to the Constitution of Canada in relation to any provision that applies to one or more, but not all, provinces, including

(a) any alteration to boundaries between provinces,  
and

d) la composition de la Cour suprême du Canada;

e) la modification de la présente partie.

[41] L’article 41 exige le consentement unanime du Sénat, de la Chambre des communes et de toutes les assemblées législatives provinciales pour les catégories de modifications qui y sont décrites. Il [TRADUCTION] « confère le plus haut niveau de protection et de consécration constitutionnelles » aux questions énumérées : W. J. Newman, « Living with the Amending Procedures : Prospects for Future Constitutional Reform in Canada » (2007), 37 *S.C.L.R.* (2d) 383, p. 388. Cette disposition constitue une exception à la procédure normale de modification. Elle crée une procédure de modification exigeante destinée à s’appliquer à certains changements fondamentaux apportés à la Constitution du Canada. Le professeur Pelletier décrit avec justesse la raison pour laquelle l’unanimité est exigée pour les catégories de modifications énumérées :

. . . la règle de l’unanimité, affirmée par l’article 41 de la Loi de 1982, se justifie par la nécessité qu’il y a [. . .] de conférer à chacun des partenaires du compromis fédératif canadien un droit de veto par rapport aux sujets qui sont considérés comme les plus fondamentaux pour la survie de l’État.

(B. Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada* (1996), p. 208)

c) *La procédure relative aux arrangements spéciaux*

[42] L’article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit ce qui suit :

**43.** Les dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement ne peuvent être modifiées que par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l’assemblée législative de chaque province concernée. Le présent article s’applique notamment :

a) aux changements du tracé des frontières inter-provinciales;

(b) any amendment to any provision that relates to the use of the English or the French language within a province,

may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where so authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province to which the amendment applies.

[43] Section 43 applies to amendments in relation to provisions of the Constitution of Canada that apply to some, but not all, of the provinces. The determination of its scope and of the effects of its interaction with other provisions of Part V presents significant conceptual difficulties, leading Professor Scott to term it the “Rubik’s Cube” of Part V: S. A. Scott, “Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes” (1982), 20 *U.W.O. L. Rev.* 247, at pp. 292-98. We will limit our remarks on s. 43 to what is necessary to answer the Reference questions before us.

[44] At the very least, s. 43 is triggered when a constitutional amendment relates to a provision of the Constitution of Canada that contains a “special arrangement” applicable only to one or several, but not all, of the provinces. In such cases, the use of the 7/50 procedure would overshoot the mark, by making adoption of the amendment contingent upon the consent of provinces to which the provision does not apply. Section 43 also serves to ensure that those provisions cannot be amended without the consent of the provinces for which the arrangement was devised: Monahan and Shaw, at p. 210.

(d) *The Unilateral Federal and Provincial Procedures*

[45] Sections 44 and 45 of the *Constitution Act, 1982* provide for unilateral federal and provincial procedures of amendment:

44. Subject to sections 41 and 42, Parliament may exclusively make laws amending the Constitution of

b) aux modifications des dispositions relatives à l’usage du français ou de l’anglais dans une province.

[43] L’article 43 vise les modifications portant sur les dispositions de la Constitution du Canada applicables uniquement à certaines provinces. L’établissement de son champ d’application et des effets de son interaction avec les autres dispositions de la partie V présente de grandes difficultés conceptuelles. Ces dernières ont amené le professeur Scott à qualifier cet article de [TRADUCTION] « cube Rubik de la partie V » : S. A. Scott, « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes » (1982), 20 *U.W.O. L. Rev.* 247, p. 292-298. Nos remarques sur l’art. 43 se limiteront à ce qui est nécessaire pour répondre aux questions du renvoi dont nous sommes saisis.

[44] L’article 43 entre en jeu, à tout le moins, lorsqu’une modification constitutionnelle touche une disposition de la Constitution du Canada qui prévoit un « arrangement spécial », applicable uniquement à une ou à certaines des provinces. En pareil cas, le recours à la procédure 7/50 aurait une portée trop large, car il subordonnerait l’adoption de la modification au consentement de provinces auxquelles ne s’applique pas la disposition. L’article 43 permet aussi d’éviter qu’une disposition qui prévoit un arrangement spécial puisse être modifiée sans le consentement des provinces visées par l’arrangement : Monahan et Shaw, p. 210.

d) *Les procédures unilatérales fédérale et provinciale*

[45] Les articles 44 et 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoient des procédures de modification unilatérales par le fédéral et par les provinces :

44. Sous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de

Canada in relation to the executive government of Canada or the Senate and House of Commons.

45. Subject to section 41, the legislature of each province may exclusively make laws amending the constitution of the province.

[46] These sections fulfill the same basic function as ss. 91(1)<sup>4</sup> and 92(1)<sup>5</sup> of the *Constitution Act, 1867*, which were repealed when the *Constitution Act, 1982* was enacted: *Constitutional Accord: Canadian Patriation Plan*, Explanatory Notes 7 and 8; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at pp. 4-31 to 4-34; Pelletier, “Réponses suggérées”, at pp. 462-63; G. Tremblay, “La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada” (2011), 41 *R.G.D.* 417, at p. 428; W. J. Newman, “Defining the ‘Constitution of Canada’ Since 1982: The Scope of the Legislative Powers of Constitutional Amendment under Sections 44 and 45 of the *Constitution Act, 1982*” (2003), 22 *S.C.L.R.* (2d) 423, at p. 494; Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, at pp. 117 and 181; see also R. I. Cheffins, “The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula: Political and Legal Implications” (1982), 4 *S.C.L.R.* 43, at pp. 52-53.

4 Section 91(1) gave Parliament legislative power over:

1. The amendment from time to time of the Constitution of Canada, except as regards matters coming within the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the provinces, or as regards rights or privileges by this or any other Constitutional Act granted or secured to the Legislature or the Government of a province, or to any class of persons with respect to schools or as regards the use of the English or the French language or as regards the requirements that there shall be a session of the Parliament of Canada at least once each year, and that no House of Commons shall continue for more than five years from the day of the return of the Writs for choosing the House: provided, however, that a House of Commons may in time of real or apprehended war, invasion or insurrection be continued by the Parliament of Canada if such continuation is not opposed by the votes of more than one-third of the members of such House.

5 Section 92(1) gave the provincial legislatures power over:

1. The Amendment from Time to Time, notwithstanding anything in this Act, of the Constitution of the Province, except as regards the Office of Lieutenant Governor.

la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes.

45. Sous réserve de l’article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province.

[46] Ces articles jouent essentiellement le même rôle que jouaient les par. 91(1)<sup>4</sup> et 92(1)<sup>5</sup> de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui ont été abrogés lors de l’adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* : *Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution*, notes explicatives 7 et 8; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), p. 4-31 à 4-34; Pelletier, « Réponses suggérées quant au renvoi sur le Sénat », p. 462-463; G. Tremblay, « La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada » (2011), 41 *R.G.D.* 417, p. 428; W. J. Newman, « Defining the “Constitution of Canada” Since 1982 : The Scope of the Legislative Powers of Constitutional Amendment under Sections 44 and 45 of the *Constitution Act, 1982* » (2003), 22 *S.C.L.R.* (2d) 423, p. 494; Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, p. 117 et 181; voir aussi R. I. Cheffins, « The Constitution Act, 1982 and the Amending Formula : Political and Legal Implications » (1982), 4 *S.C.L.R.* 43, p. 52-53.

4 Le paragraphe 91(1) conférait au Parlement compétence législative sur :

1. La modification, de temps à autre, de la constitution du Canada, sauf en ce qui concerne les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces, ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis, par la présente loi ou par toute autre loi constitutionnelle, à la législature ou au gouvernement d’une province, ou à quelque catégorie de personnes en matière d’écoles, ou en ce qui regarde l’emploi de l’anglais ou du français, ou les prescriptions portant que le parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année et que la durée de chaque chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l’élection de cette chambre; toutefois, le parlement du Canada peut prolonger la durée d’une chambre des communes en temps de guerre, d’invasion ou d’insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prolongation n’est pas l’objet d’une opposition exprimée par les votes de plus du tiers des membres de ladite chambre.

5 Le paragraphe 92(1) conférait aux législatures provinciales compétence sur :

1. L’amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur;

[47] Sections 91(1) and 92(1) of the *Constitution Act, 1867* granted the federal and provincial governments the power to amend their respective constitutions, provided that the amendments did not engage the interests of the other level of government. Section 91(1) was worded broadly, allowing Parliament to amend the “Constitution of Canada”, subject to certain restrictions. In 1980, the federal government asked this Court whether Parliament could unilaterally implement sweeping reforms to the Senate under s. 91(1). This Court concluded that s. 91(1) allowed Parliament to amend “the constitution of the federal government in matters of interest only to that government”: *Upper House Reference*, at p. 71. It followed that s. 91(1) did not give Parliament the power to unilaterally make constitutional changes such as the abolition of the Senate or the modification of the Senate’s essential features, since these changes engaged the interests of the provinces as well as those of the federal government: *ibid.*, at pp. 74-75 *et seq.* Likewise, s. 92(1) allowed the provincial legislatures to enact amendments only in relation to “the operation of an organ of the government of the province, provided it is not otherwise entrenched as being indivisibly related to the implementation of the federal principle or to a fundamental term or condition of the union”: *OPSEU*, at p. 40, *per* Beetz J.

[48] As the successors to those provisions, ss. 44 and 45 give the federal and provincial legislatures the ability to unilaterally amend certain aspects of the Constitution that relate to their own level of government, but which do not engage the interests of the other level of government. This limited ability to make changes unilaterally reflects the principle that Parliament and the provinces are equal stakeholders in the Canadian constitutional design. Neither level of government acting alone can alter the fundamental nature and role of the institutions provided for in the Constitution. This said, those institutions can be maintained and even changed to some extent under ss. 44 and 45, provided that their fundamental nature and role remain intact.

[47] Les paragraphes 91(1) et 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accordaient aux gouvernements fédéral et provinciaux le pouvoir de modifier leurs constitutions respectives, à condition que les modifications ne mettent pas en cause les intérêts des autres ordres de gouvernement. Rédigé en termes généraux, le par. 91(1) permettait au Parlement de modifier la « Constitution du Canada », sous réserve de certaines restrictions. En 1980, le gouvernement fédéral a demandé à la Cour si le Parlement pouvait procéder unilatéralement à une réforme majeure du Sénat en vertu du par. 91(1). La Cour a conclu que ce paragraphe autorisait le Parlement à modifier « la constitution du gouvernement fédéral dans les matières qui concernent uniquement ce gouvernement » : *Renvoi relatif à la Chambre haute*, p. 71. Le paragraphe 91(1) ne conférait donc pas au Parlement le pouvoir d’apporter unilatéralement des changements constitutionnels telles l’abolition du Sénat ou la modification de ses caractéristiques essentielles parce que ces changements mettaient en cause les intérêts des provinces tout autant que ceux du gouvernement fédéral : *ibid.*, p. 74-75 *et suiv.* De même, le par. 92(1) permettait aux législatures provinciales d’adopter des modifications dans la mesure où elles portaient uniquement sur « le fonctionnement d’un organe du gouvernement de la province, pourvu qu’elle ne soit pas par ailleurs intangible parce qu’indivisiblement liée à la mise en œuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l’union » : *SEFPO*, p. 40, le juge Beetz.

[48] Les articles 44 et 45, qui ont remplacé ces dispositions, accordent au Parlement fédéral et aux législatures provinciales la capacité de modifier unilatéralement certains éléments de la Constitution qui concernent leur propre ordre de gouvernement, mais qui ne mettent pas en cause les intérêts des autres ordres de gouvernement. Ce pouvoir limité d’effectuer des changements unilatéralement reflète le principe selon lequel le Parlement et les provinces sont des acteurs égaux dans la structure constitutionnelle canadienne. Aucun des ordres de gouvernement, agissant seul, ne peut modifier les nature et rôle fondamentaux des institutions créées par la Constitution. Toutefois, ces institutions peuvent être maintenues et même changées jusqu’à un certain point en vertu des art. 44 et 45, à condition que leur nature et leur rôle fondamentaux demeurent intacts.

V. How Can The Senate Changes Contemplated in the Reference Be Achieved?

[49] The Reference questions ask whether Parliament, acting alone, can reform the Senate by creating consultative elections to select senatorial nominees endorsed by the populations of the various provinces and territories, by limiting senatorial tenure to fixed terms, and by removing the personal wealth and real property requirements for Senators. We will address each of these issues in turn.

A. *Consultative Elections*

[50] The text of the *Constitution Act, 1867* provides for the formal appointment of Senators by the Governor General:

24. The Governor General shall from Time to Time, in the Queen's Name, by Instrument under the Great Seal of Canada, summon qualified Persons to the Senate; and, subject to the Provisions of this Act, every Person so summoned shall become and be a Member of the Senate and a Senator.

32. When a Vacancy happens in the Senate by Resignation, Death, or otherwise, the Governor General shall by Summons to a fit and qualified Person fill the Vacancy.

In practice, constitutional convention requires the Governor General to follow the recommendations of the Prime Minister of Canada when filling Senate vacancies.

[51] The Attorney General of Canada (supported by the attorneys general of Saskatchewan and Alberta as well as one of the *amici curiae*) submits that implementing consultative elections for Senators does not constitute an amendment to the Constitution of Canada. He argues that this reform would not change the text of the *Constitution Act, 1867*, nor the means of selecting Senators. He points out that the formal mechanism for appointing

V. Comment peuvent être apportés les changements envisagés dans le renvoi?

[49] Les questions du renvoi requièrent que nous donnions notre avis sur la capacité du Parlement, agissant seul, de réformer le Sénat en instaurant des élections consultatives pour sélectionner les candidats aux postes de sénateurs choisis par les électeurs des provinces et territoires, en limitant la durée du mandat des sénateurs par l'établissement d'un mandat à durée déterminée, et en supprimant les conditions relatives à la fortune personnelle et à l'avoir foncier auxquelles doivent satisfaire les sénateurs. Nous aborderons chacune de ces questions à tour de rôle.

A. *Élections consultatives*

[50] Le libellé de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit la nomination officielle des sénateurs par le gouverneur général :

24. Le gouverneur-général mandera de temps à autre au Sénat, au nom de la Reine et par instrument sous le grand sceau du Canada, des personnes ayant les qualifications voulues; et, sujettes aux dispositions de la présente loi, les personnes ainsi mandées deviendront et seront membres du Sénat et sénateurs.

32. Quand un siège deviendra vacant au Sénat par démission, décès ou toute autre cause, le gouverneur-général remplira la vacance en adressant un mandat à quelque personne capable et ayant les qualifications voulues.

En pratique, lorsqu'il comble les vacances au Sénat, une convention constitutionnelle oblige le gouverneur général à suivre les recommandations du premier ministre du Canada.

[51] Le procureur général du Canada (avec l'appui des procureurs généraux de la Saskatchewan et de l'Alberta ainsi que d'un des *amici curiae*) soutient que la mise en place d'élections consultatives pour choisir les sénateurs n'est pas une modification de la Constitution du Canada. Selon lui, cette réforme ne modifierait ni le texte de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni la façon de choisir les sénateurs. Il souligne que le mécanisme formel de

Senators — summons by the Governor General acting on the advice of the Prime Minister — would remain untouched. Alternatively, he submits that if introducing consultative elections constitutes an amendment to the Constitution, then it can be achieved unilaterally by Parliament under s. 44 of the *Constitution Act, 1982*.

[52] In our view, the argument that introducing consultative elections does not constitute an amendment to the Constitution privileges form over substance. It reduces the notion of constitutional amendment to a matter of whether or not the letter of the constitutional text is modified. This narrow approach is inconsistent with the broad and purposive manner in which the Constitution is understood and interpreted, as discussed above. While the provisions regarding the appointment of Senators would remain textually untouched, the Senate's fundamental nature and role as a complementary legislative body of sober second thought would be significantly altered.

[53] We conclude that each of the proposed consultative elections would constitute an amendment to the Constitution of Canada and require substantial provincial consent under the general amending procedure, without the provincial right to “opt out” of the amendment (s. 42). We reach this conclusion for three reasons: (1) the proposed consultative elections would fundamentally alter the architecture of the Constitution; (2) the text of Part V expressly makes the general amending procedure applicable to a change of this nature; and (3) the proposed change is beyond the scope of the unilateral federal amending procedure (s. 44).

(1) Consultative Elections Would Fundamentally Alter the Architecture of the Constitution

[54] The implementation of consultative elections would amend the Constitution of Canada by fundamentally altering its architecture. It would modify the Senate's role within our constitutional

nomination de ces derniers — leur nomination par le gouverneur général sur avis du premier ministre — resterait intact. Il soutient subsidiairement que, si l'introduction d'élections consultatives constitue une modification de la Constitution, le Parlement peut alors y procéder unilatéralement en vertu de l'art. 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[52] À notre avis, l'argument selon lequel l'introduction d'élections consultatives n'est pas une modification de la Constitution est trop formaliste. En effet, il réduit la notion de modification constitutionnelle à la question de déterminer si le texte de la Constitution se trouve modifié. Cette approche restrictive ne respecte pas les exigences de l'interprétation et de la conception larges et téléologiques de la Constitution qui ont été exposées précédemment. Certes, le libellé des dispositions concernant la nomination des sénateurs resterait le même, mais les nature et rôle fondamentaux du Sénat en tant que corps législatif complémentaire chargé de donner un second regard attentif aux projets de loi seraient considérablement modifiés.

[53] Nous concluons que chacune des propositions d'élections consultatives constituerait une modification de la Constitution du Canada et exigerait un consentement appréciable des provinces selon la procédure normale de modification, sans toutefois que les provinces aient le droit de « se soustraire » à la modification (art. 42). Nous concluons ainsi pour trois raisons : (1) les élections consultatives proposées transformeraient fondamentalement l'architecture de la Constitution; (2) la partie V rend expressément la procédure normale de modification applicable à une modification de cette nature; et (3) la modification proposée se situe en dehors du champ d'application de la procédure de modification unilatérale fédérale (art. 44).

(1) Des élections consultatives transformeraient fondamentalement l'architecture de la Constitution

[54] La mise en place d'élections consultatives modifierait la Constitution du Canada en transformant fondamentalement l'architecture. Elle modifierait le rôle tenu par le Sénat dans notre



structure as a complementary legislative body of sober second thought.

[55] The *Constitution Act, 1867* contemplates a specific structure for the federal Parliament, “similar in Principle to that of the United Kingdom”: preamble. The Act creates both a lower *elected* and an upper *appointed* legislative chamber: s. 17. It expressly provides that the members of the lower chamber — the House of Commons — “shall be elected” by the population of the various provinces: s. 37. By contrast, it provides that Senators shall be “summoned” (i.e. appointed) by the Governor General: ss. 24 and 32.

[56] The contrast between election for members of the House of Commons and executive appointment for Senators is not an accident of history. The framers of the *Constitution Act, 1867* deliberately chose executive appointment of Senators in order to allow the Senate to play the specific role of a complementary legislative body of “sober second thought”.

[57] As this Court wrote in the *Upper House Reference*, “[i]n creating the Senate in the manner provided in the Act, it is clear that the intention was to make the Senate a thoroughly independent body which could canvass dispassionately the measures of the House of Commons”: p. 77 (emphasis added). The framers sought to endow the Senate with independence from the electoral process to which members of the House of Commons were subject, in order to remove Senators from a partisan political arena that required unremitting consideration of short-term political objectives.

[58] Correlatively, the choice of executive appointment for Senators was also intended to ensure that the Senate would be a *complementary* legislative body, rather than a perennial rival of the House of Commons in the legislative process. Appointed Senators would not have a popular mandate — they would not have the expectations and legitimacy that

ordre constitutionnel en tant qu’organisme législatif complémentaire responsable de porter un second regard attentif aux projets de loi.

[55] La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit, pour le Parlement fédéral, une structure précise « reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » : préambule. Elle crée à la fois une chambre législative basse composée d’*élus* et une chambre législative haute dont les membres sont *nommés* : art. 17. Elle dispose expressément que les députés de la chambre basse, la Chambre des communes, sont élus (« *shall be elected* » dans la version anglaise) par la population des différentes provinces : art. 37. En revanche, aux termes de la Loi, les sénateurs sont « mandé[s] » (c.-à-d. nommés) par le gouverneur général : art. 24 et 32.

[56] Le contraste entre l’élection des députés à la Chambre des communes et la nomination des sénateurs par l’exécutif ne représente pas un accident de l’histoire. Les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont délibérément choisi le mode de nomination des sénateurs par l’exécutif pour que l’institution où ils siègent puisse jouer le rôle précis d’organisme législatif complémentaire chargé de porter un « second regard attentif » aux projets de loi.

[57] Comme l’a écrit la Cour dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, « [e]n créant le Sénat de la manière prévue à l’Acte, il est évident qu’on voulait en faire un organisme tout à fait indépendant qui pourrait revoir avec impartialité les mesures adoptées par la Chambre des communes » : p. 77 (nous soulignons). Les rédacteurs ont cherché à soustraire le Sénat au processus électoral auquel participaient les députés de la Chambre des communes, afin d’écarter les sénateurs d’une arène politique partisane toujours soumise aux impératifs des objectifs politiques à court terme.

[58] Parallèlement, la décision de confier à l’exécutif la tâche de nommer les sénateurs visait aussi à garantir que le Sénat deviendrait un organisme législatif *complémentaire*, plutôt qu’un éternel rival de la Chambre des communes dans le processus législatif. Les sénateurs nommés n’auraient pas le mandat de représenter la population : ils

stem from popular election. This would ensure that they would confine themselves to their role as a body mainly conducting legislative review, rather than as a coequal of the House of Commons. As John A. Macdonald put it during the Parliamentary debates regarding Confederation, “[t]here is . . . a greater danger of an irreconcilable difference of opinion between the two branches of the legislature, if the upper be elective, than if it holds its commission from the Crown”: *1865 Debates*, February 6, 1865, at p. 37. An appointed Senate would be a body “calmly considering the legislation initiated by the popular branch, and preventing any hasty or ill considered legislation which may come from that body, but it will never set itself in opposition against the deliberate and understood wishes of the people”: *ibid.*, at p. 36 (emphasis added).

[59] The appointed status of Senators, with its attendant assumption that appointment would prevent Senators from overstepping their role as a complementary legislative body, shapes the architecture of the *Constitution Act, 1867*. It explains why the framers did not deem it necessary to textually specify how the powers of the Senate relate to those of the House of Commons or how to resolve a deadlock between the two chambers. Indeed, on its face the *Constitution Act, 1867* grants as much legislative power to the Senate as to the House of Commons, with the exception that the House of Commons has the exclusive power to originate appropriation and tax bills (s. 53). As Professor Smith aptly summarizes:

[The framers’] original answer to the clash that would inevitably occur between elected chambers was to make the Senate appointed. This assured that a government enjoying the confidence of the House of Commons would normally be able to have its legislation adopted by Parliament, but gave the Senate the ability to act as a

ne devraient pas répondre aux attentes découlant d’une élection populaire et ne jouiraient pas de la légitimité qu’elle confère. Ainsi, ils s’en tiendraient à leur rôle de membres d’un organisme dont la fonction principale est de revoir les projets de lois, et non d’être l’égal de la Chambre des communes. Comme l’a expliqué John A. Macdonald lors des débats parlementaires sur la Confédération, « [i]l y aurait [. . .] de grands dangers de conflits entre les deux chambres si la constitution du conseil législatif au lieu d’être laissée entre les mains de la couronne devait être remise entre celles du peuple » : *Débats de 1865*, 6 février 1865, p. 37). Un Sénat dont les membres sont nommés aurait pour rôle de « modérer et [de] considérer avec calme la législation de l’assemblée et [d’]empêcher la maturité de toute loi intempestive ou pernicieuse passée par cette dernière, sans jamais oser s’opposer aux vœux réfléchis et définis des populations » : *ibid.* (nous soulignons).

[59] Le fait que les sénateurs soient nommés, de même que le postulat correct en découlant selon lequel leur nomination empêcherait le Sénat d’outrepasser sa fonction d’organisme législatif complémentaire, façonnent l’architecture de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour ces raisons, les rédacteurs de cette dernière n’ont pas jugé nécessaire de préciser par écrit comment s’articuleraient les relations entre les pouvoirs du Sénat et ceux de la Chambre des communes non plus que les moyens de résoudre une impasse entre les deux chambres. En effet, la *Loi constitutionnelle de 1867* confère, à première vue, une compétence législative aussi grande au Sénat qu’à la Chambre des communes, à l’exception de la règle selon laquelle les projets de loi relatifs aux impôts et à l’affectation des crédits doivent être présentés par la Chambre des communes (art. 53). Comme le résume bien le professeur Smith :

[TRADUCTION] La première solution [des rédacteurs] au conflit inévitable entre des assemblées d’élus était de nommer les sénateurs. Cela permettait au gouvernement jouissant de la confiance de la Chambre des communes d’être normalement à même de faire adopter ses lois par le Parlement, tout en habilitant le Sénat à agir

check in those rare instances when it was absolutely necessary.

(D. E. Smith, *The Canadian Senate in Bicameral Perspective* (2003), at p. 169; see also A. Heard, “Constitutional Doubts about Bill C-20 and Senatorial Elections”, in Smith, *The Democratic Dilemma*, 81, at p. 95.)

[60] The proposed consultative elections would fundamentally modify the constitutional architecture we have just described and, by extension, would constitute an amendment to the Constitution. They would weaken the Senate’s role of sober second thought and would give it the democratic legitimacy to systematically block the House of Commons, contrary to its constitutional design.

[61] Federal legislation providing for the consultative election of Senators would have the practical effect of subjecting Senators to the political pressures of the electoral process and of endowing them with a popular mandate. Senators selected from among the listed nominees would become popular representatives. They would have won a “true electoral contest” (*Quebec Senate Reference*, at para. 71), during which they would presumably have laid out a campaign platform and made electoral promises: Pelletier, “Réponses suggérées”, at pp. 470-71. They would join the Senate after acquiring the mandate and legitimacy that flow from popular election.

[62] The Attorney General of Canada counters that this broad structural change would not occur because the Prime Minister would retain the ability to ignore the results of the consultative elections and to name whomever he or she wishes to the Senate. We cannot accept this argument. Bills C-20 and C-7 are designed to result in the appointment to the Senate of nominees selected by the population of the provinces and territories. Bill C-7 is the more explicit of the two bills, as it provides that the Prime Minister “must” consider the names on the lists of elected candidates. It is true that, in theory, prime

comme instance de contrôle dans les rares cas où c’était absolument nécessaire.

(D. E. Smith, *The Canadian Senate in Bicameral Perspective* (2003), p. 169; voir aussi A. Heard, « Constitutional Doubts about Bill C-20 and Senatorial Elections », dans Smith, *The Democratic Dilemma*, 81, p. 95.)

[60] Les élections législatives proposées transformeraient fondamentalement l’architecture constitutionnelle que nous venons de décrire. Il s’agirait alors, par extension, d’une modification de la Constitution. Ces élections affaibliraient le rôle du Sénat en tant qu’entité chargée de porter un second regard attentif aux projets de loi et lui confèreraient la légitimité démocratique voulue pour bloquer systématiquement les projets de la Chambre des communes, contrairement à la fonction constitutionnelle qui lui est assignée.

[61] En pratique, une loi fédérale prévoyant l’élection consultative des sénateurs les soumettrait aux pressions politiques du processus électoral et leur confierait un mandat populaire. Les sénateurs choisis parmi la liste des candidats deviendraient des représentants du peuple. Ils auraient remporté un « véritable duel électoral » (*Renvoi québécois relatif au Sénat*, par. 71) au cours duquel ils auraient vraisemblablement présenté une plateforme de campagne et fait des promesses électorales : Pelletier, « Réponses suggérées quant au renvoi sur le Sénat », p. 470-471. Ils se joindraient au Sénat après avoir obtenu le mandat et la légitimité que confère une élection au suffrage populaire.

[62] Le procureur général du Canada réplique que ce changement structurel d’envergure ne se produirait pas parce que le premier ministre conserverait le pouvoir de ne pas tenir compte des résultats des élections consultatives et de nommer qui il veut au Sénat. Nous ne pouvons accepter cette prétention. Les projets de loi C-20 et C-7 ont été conçus pour entraîner la nomination au Sénat de candidats choisis par la population des provinces et des territoires. Le projet de loi C-7 est le plus explicite des deux puisqu’il prévoit que le premier ministre « tient compte » des personnes dont le nom figure

ministers could ignore the election results and rarely, or indeed never, recommend to the Governor General the winners of the consultative elections. However, the purpose of the bills is clear: to bring about a Senate with a popular mandate. We cannot assume that future prime ministers will defeat this purpose by ignoring the results of costly and hard-fought consultative elections: see for example the discussion in M. D. Walters, “The Constitutional Form and Reform of the Senate: Thoughts on the Constitutionality of Bill C-7” (2013), 7 *J.P.P.L.* 37, at pp. 47-48. A legal analysis of the constitutional nature and effects of proposed legislation cannot be premised on the assumption that the legislation will fail to bring about the changes it seeks to achieve.

[63] In summary, the consultative election proposals set out in the Reference questions would amend the Constitution of Canada by changing the Senate’s role within our constitutional structure from a complementary legislative body of sober second thought to a legislative body endowed with a popular mandate and democratic legitimacy.

(2) The Wording of Part V Indicates That the Proposal for Consultative Elections Attracts the General Amending Procedure

[64] Our view that the consultative election proposals would amend the Constitution of Canada is supported by the language of Part V. The words employed in Part V are guides to identifying the aspects of our system of government that form part of the protected content of the Constitution. Section 42(1)(b) of the *Constitution Act, 1982* provides that the general amending procedure (s. 38(1)) applies to constitutional amendments in relation to “the method of selecting Senators” (“*le mode de sélection des sénateurs*”). This broad wording covers the implementation of consultative elections, indicating that a constitutional amendment is required and making that amendment subject to

sur la liste des candidats élus. Certes, en théorie, le premier ministre pourrait ignorer les résultats des élections et ne recommander au gouverneur général que rarement, voire jamais, les gagnants des élections consultatives. Cependant, l’objet des projets de loi est clair : que le Sénat devienne une entité dotée d’un mandat populaire. Nous ne pouvons tenir pour acquis que les futurs premiers ministres contrecarreront cet objet en ignorant les résultats d’élections consultatives coûteuses et âprement disputées : voir à titre d’exemple la réflexion de M. D. Walters, « The Constitutional Form and Reform of the Senate : Thoughts on the Constitutionality of Bill C-7 » (2013), 7 *J.P.P.L.* 37, p. 47-48. Une analyse juridique de la nature et des incidences constitutionnelles de projets de loi ne peut se fonder sur l’hypothèse que la loi échouera à entraîner les changements qu’elle vise à mettre en œuvre.

[63] En bref, la mise en œuvre des propositions visant la tenue d’élections consultatives contenues dans les questions soumises en l’espèce modifierait la Constitution du Canada. En effet, elle transformerait le rôle du Sénat au sein de notre structure constitutionnelle; d’un organe législatif complémentaire chargé de porter un second regard attentif aux lois, il deviendrait un organe législatif doté d’un mandat populaire et d’une légitimité démocratique.

(2) Le texte de la partie V indique que la mise en œuvre de la proposition visant la tenue d’élections consultatives entraîne l’application de la procédure normale de modification

[64] Notre conclusion suivant laquelle la mise en œuvre des propositions relatives à la tenue d’élections consultatives modifierait la Constitution canadienne trouve appui dans le texte de la partie V. Les termes qui y sont utilisés servent de guides pour déterminer quels aspects de notre système de gouvernement font partie du contenu constitutionnel protégé. Suivant l’al. 42(1)(b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la procédure normale de modification (par. 38(1)) s’applique aux modifications constitutionnelles portant sur « le mode de sélection des sénateurs » (« *the method of selecting Senators* » ). Cette expression au sens large couvre la mise en place d’élections consultatives,

the general procedure: H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5th ed. 2008), at p. 343; Whyte, at p. 106; see also C.-E. Côté, “L’inconstitutionnalité du projet d’élections fédérales sénatoriales” (2010), 3 *R.Q.D.C.* 81, at p. 83, cited in the *Quebec Senate Reference*, at para. 50; Walters, “The Constitutional Form and Reform of the Senate”, at p. 52.

[65] The words “the method of selecting Senators” include more than the formal appointment of Senators by the Governor General. “[S]ection 42(b) refers to the method of *selecting* persons for appointment, not the means of appointment”: Whyte, at p. 106 (emphasis in original). By employing this language, the framers of the *Constitution Act, 1982* extended the constitutional protection provided by the general amending procedure to the entire process by which Senators are “selected”. The proposed consultative elections would produce lists of candidates, from which prime ministers would be expected to choose when making appointments to the Senate. The compilation of these lists through national or provincial and territorial elections and the Prime Minister’s consideration of them prior to making recommendations to the Governor General would form part of the “method of selecting Senators”. Consequently, the implementation of consultative elections falls within the scope of s. 42(1)(b) and is subject to the general amending procedure, without the provincial right to “opt out”.

[66] In like vein, the Attorney General of Canada argues that consultative elections are not “in pith and substance” amendments in relation to the “method of selecting Senators”. He draws upon the doctrine of pith and substance, which is employed by courts in division of powers cases to decide whether legislation was validly enacted by a level of government: see Hogg, at pp. 15-7 to 15-10. The courts look to whether legislation, in its purpose and effects, falls within one of the classes of subjects over which the Constitution gives power to

et indique qu’une modification constitutionnelle effectuée conformément à la procédure normale de modification est requise : H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 343; Whyte, p. 106; voir aussi C.-E. Côté, « L’inconstitutionnalité du projet d’élections fédérales sénatoriales » (2010), 3 *R.Q.D.C.* 81, p. 83, cité dans le *Renvoi québécois relatif au Sénat*, par. 50; Walters, « The Constitutional Form and Reform of the Senate », p. 52.

[65] L’expression « mode de sélection des sénateurs » ne vise pas uniquement la nomination officielle des sénateurs par le gouverneur général. [TRADUCTION] « [L]’alinéa 42b renvoie au mode de *sélection*, et non au mode de nomination, des personnes aptes à être nommées » : Whyte, p. 106 (italiques dans l’original). En utilisant ce libellé, les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont étendu la protection constitutionnelle prévue par la procédure normale de modification à tout le processus de « sélection » des sénateurs. Les élections consultatives envisagées dans les questions du renvoi permettraient d’établir des listes de candidats, dont seraient censés se servir les premiers ministres au moment de procéder à des nominations au Sénat. La compilation de listes de candidats sénatoriaux par la tenue d’élections nationales ou provinciales et territoriales et la prise en considération de ces listes par le premier ministre avant la présentation de ses recommandations au gouverneur général seraient incluses dans le « mode de sélection des sénateurs ». En conséquence, la mise en place d’élections consultatives relève de l’al. 42(1)b) et est assujettie à la procédure normale de modification, sans que les provinces puissent « s’y soustraire ».

[66] Dans un même ordre d’idée, le procureur général du Canada plaide que des élections consultatives ne constitueraient pas, de par leur « caractère véritable », des modifications portant sur le « mode de sélection des sénateurs ». Il s’appuie ici sur la doctrine du caractère véritable utilisée par les tribunaux dans les affaires de partage des compétences pour décider si une loi a été valablement adoptée par un ordre de gouvernement : voir Hogg, p. 15-7 à 15-10. Les tribunaux se demandent dans de tels cas si la loi, de par son objet et ses effets, relève

the enacting body: *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at paras. 63-66. The Attorney General's position is that legislation implementing consultative elections would not, in its purpose and effects, constitute an amendment in relation to the "method of selecting Senators". He confines the meaning of this expression to the formal mechanism of appointment of Senators by the Governor General.

[67] As discussed, the plain meaning of the words "the method of selecting Senators" goes beyond the formal mechanism of appointment. Borrowing a doctrine from the division of powers jurisprudence does not avoid this textual difficulty. Even if the doctrine of pith and substance were relevant to the analysis, its application cannot justify a narrow reading of the relevant constitutional amending provisions. It bears repeating that ss. 38 and 42 of the *Constitution Act, 1982* are intended to ensure that substantial provincial consent will be obtained for constitutional changes that engage provincial interests. The 7/50 procedure is the general rule for amendments to the Constitution of Canada. The Attorney General's invocation of the language of "pith and substance" does not alter this principle.

(3) The Implementation of Consultative Elections Falls Outside the Scope of the Unilateral Federal Amending Procedure

[68] The Attorney General of Canada argues in the alternative that, if the implementation of consultative elections requires a constitutional amendment, then it can be achieved under the unilateral federal amending procedure (s. 44). More specifically, he argues that the creation of consultative elections would be an amendment "in relation to . . . the Senate", within the meaning of s. 44.

d'un des chefs de compétence constitutionnelle de l'autorité législative : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 63-66. Selon le procureur général, une loi visant la mise en place d'élections consultatives ne constituerait pas, de par son objet et ses effets, une modification relative au « mode de sélection des sénateurs ». Il restreint ainsi le sens de cette expression au mécanisme officiel de nomination des sénateurs par le gouverneur général.

[67] Comme nous l'avons vu, l'expression « mode de sélection des sénateurs », suivant le sens ordinaire des termes qui le composent, ne vise pas uniquement le mécanisme officiel de nomination. L'emprunt d'une doctrine issue de la jurisprudence sur le partage des compétences n'écarte pas les difficultés que pose le texte constitutionnel. Même si la doctrine du caractère véritable était pertinente pour la présente analyse, son application ne saurait justifier une interprétation restrictive des dispositions pertinentes relatives à la modification de la Constitution. En effet, il convient de rappeler que les art. 38 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* visent à assurer qu'un consentement provincial appréciable sera obtenu pour les modifications constitutionnelles mettant en cause des intérêts provinciaux. La procédure 7/50 constitue la règle générale applicable pour modifier la Constitution canadienne. Le fait pour le procureur général d'invoquer le « caractère véritable » ne modifie en rien ce principe.

(3) La mise en place d'élections consultatives déborde le champ d'application de la procédure de modification unilatérale fédérale

[68] Le procureur général du Canada soutient subsidiairement que, si elle exige une modification de la Constitution, la mise en place d'élections consultatives peut se faire conformément à la procédure de modification unilatérale fédérale (art. 44). Plus précisément, à son avis, la création d'un régime d'élections consultatives constituerait une modification « relativ[e] [. . .] au Sénat », aux sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 44.

[69] We must reject this argument. As we have seen, s. 42(1)(b) makes the general amending procedure applicable to changes to “the method of selecting Senators”. Section 44 is expressly made “[s]ubject to” s. 42 — the categories of amendment captured by s. 42 are removed from the scope of s. 44. It follows that the 7/50 procedure, as opposed to the unilateral federal procedure, applies to the introduction of consultative elections. Moreover, the scope of s. 44 is limited — it does not encompass consultative elections, which would change the Senate’s fundamental nature and role by endowing it with a popular mandate.

(4) Conclusion on How Consultative Elections Can Be Achieved

[70] We conclude that introducing a process of consultative elections for the nomination of Senators would change our Constitution’s architecture, by endowing Senators with a popular mandate which is inconsistent with the Senate’s role as a complementary legislative chamber of sober second thought. This would constitute an amendment to the Constitution of Canada in relation to the method of selecting Senators. It thus attracts the general amending procedure, without the provincial right to “opt out”: s. 42(1)(b), *Constitution Act, 1982*.

B. *Senatorial Tenure*

[71] It is not disputed that a change in the duration of senatorial terms would amend the Constitution of Canada, by requiring a modification to the text of s. 29 of the *Constitution Act, 1867*. Section 29(2) provides:

(2) A Senator who is summoned to the Senate . . . shall . . . hold his place in the Senate until he attains the age of seventy-five years.

The question before us is which Part V procedure applies to amend this provision.

[69] Nous devons rejeter cet argument. Comme nous l’avons vu, l’al. 42(1)b) assujettit les modifications portant sur le « mode de sélection des sénateurs » à la procédure normale de modification. L’article 44 s’applique expressément « [s]ous réserve » de l’art. 42 — c.-à-d. que les catégories de modification visées à l’art. 42 sont soustraites à l’application de l’art. 44. En conséquence, l’introduction d’élections consultatives se trouve assujettie à la procédure 7/50 plutôt qu’à la procédure de modification unilatérale fédérale. En outre, le champ d’application de l’art. 44 demeure limité — il ne comprend pas des élections consultatives, qui changeraient les nature et rôle fondamentaux du Sénat en le dotant d’un mandat populaire.

(4) Conclusion sur la manière dont on peut instaurer des élections consultatives

[70] À notre avis, l’introduction d’élections consultatives en vue de nommer les sénateurs métamorphoserait l’architecture de la Constitution canadienne en confiant à ces derniers un mandat de représentation de la population qui est incompatible avec la fonction du Sénat à titre d’assemblée législative complémentaire chargée de porter un second regard attentif aux projets de loi. Il s’agirait d’une modification de la Constitution du Canada portant sur le mode de sélection des sénateurs qui entraîne, de ce fait, l’application de la procédure normale de modification sans que les provinces puissent « se soustraire » à la modification en question : *Loi constitutionnelle de 1982*, al. 42(1)b).

B. *Durée du mandat des sénateurs*

[71] Nul ne conteste qu’un changement de la durée du mandat des sénateurs modifierait la Constitution du Canada, puisqu’il exigerait la modification du texte de l’art. 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont le par. (2) est ainsi rédigé :

(2) Un sénateur qui est nommé au Sénat [. . .] occupe sa place au Sénat [. . .] jusqu’à ce qu’il atteigne l’âge de soixante-quinze ans.

Il nous faut donc déterminer à quelle procédure établie à la partie V il faut recourir pour modifier cette disposition.

[72] The Attorney General of Canada argues that changes to senatorial tenure fall residually within the unilateral federal power of amendment in s. 44, since they are not expressly captured by the language of s. 42. He also contends that the imposition of the fixed terms contemplated in the Reference<sup>6</sup> would constitute a minor change that does not engage the interests of the provinces, because those terms are equivalent in duration to the average length of the terms historically served by Senators.

[73] In essence, the Attorney General of Canada proposes a narrow textual approach to this issue. Section 44 of the *Constitution Act, 1982* provides: “Subject to sections 41 and 42, Parliament may exclusively make laws amending the Constitution of Canada in relation to . . . the Senate . . .” Neither s. 41 nor s. 42 expressly applies to amendments in relation to senatorial tenure.<sup>7</sup> It follows, in his view, that the proposed changes to senatorial tenure are captured by the otherwise unlimited power in s. 44 to make amendments in relation to the Senate.

[74] We agree that the language of s. 42 does not encompass changes to the duration of senatorial terms. However, it does not follow that all changes to the Senate that fall outside of s. 42 come within the scope of the unilateral federal amending procedure in s. 44: see Whyte, at pp. 102-3.

6 The first Reference question contemplates the following terms, in addition to the non-renewable nine-year term in Bill C-7: a non-renewable term of ten years or more; a non-renewable term of eight years or less; a non-renewable term for the life of two or three Parliaments; and a renewable eight-year term, as set out in Bill S-4.

7 Section 42 makes the following references to the Senate:

42. (1) An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made only in accordance with subsection 38(1):

...  
(b) the powers of the Senate and the method of selecting Senators;

(c) the number of members by which a province is entitled to be represented in the Senate and the residence qualifications of Senators;

[72] Le procureur général du Canada plaide que les changements à la durée du mandat des sénateurs relèvent du pouvoir unilatéral résiduel du Parlement de modifier la Constitution prévu à l’art. 44, puisque le libellé de l’art. 42 ne les vise pas expressément. Il soutient également que l’imposition de mandats fixes qu’envisage le renvoi<sup>6</sup> constituerait un changement mineur qui ne met pas en cause les intérêts des provinces puisque la durée du mandat proposée équivaut à la période moyenne durant laquelle, historiquement, les sénateurs ont exercé leurs fonctions.

[73] En substance, le procureur général du Canada propose à ce sujet une analyse textuelle étroite. L’article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que, « [s]ous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives [. . .] au Sénat ». Ni l’art. 41 ni l’art. 42 ne s’appliquent expressément aux modifications relatives au mandat des sénateurs<sup>7</sup>. Il s’ensuit, selon lui, que les changements proposés à la durée du mandat des sénateurs sont assujettis au pouvoir par ailleurs illimité, prévu à l’art. 44, d’apporter des modifications relatives au Sénat.

[74] Nous convenons que le texte de l’art. 42 ne mentionne pas les changements à la durée du mandat des sénateurs. Cela ne veut pas dire pour autant que la procédure de modification unilatérale par le Parlement prévue à l’art. 44 s’applique à tous les changements relatifs au Sénat qui ne sont pas visés par l’art. 42 : voir Whyte, p. 102-103.

6 La première question du renvoi envisage les durées de mandat suivantes, en plus du mandat de neuf ans non renouvelable prévu par le projet de loi C-7 : un mandat non renouvelable de dix ans ou plus; un mandat non renouvelable de huit ans ou moins; un mandat non renouvelable d’une durée de deux ou trois législatures; et le mandat renouvelable de huit ans prévu par le projet de loi S-4.

7 L’article 42 fait mention du Sénat en ces termes :

42. (1) Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait conformément au paragraphe 38(1) :

...  
b) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs;

c) le nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu’ils doivent remplir;



[75] We are unable to agree with the Attorney General of Canada's interpretation of the scope of s. 44. As discussed, the unilateral federal amendment procedure is limited. It is not a broad procedure that encompasses all constitutional changes to the Senate which are not expressly included within another procedure in Part V. The history, language, and structure of Part V indicate that s. 38, rather than s. 44, is the general procedure for constitutional amendment. Changes that engage the interests of the provinces in the Senate as an institution forming an integral part of the federal system can only be achieved under the general amending procedure. Section 44, as an exception to the general procedure, encompasses measures that maintain or change the Senate without altering its fundamental nature and role.

[76] When discussing the scope of the unilateral federal procedure in the federal government's 1980 proposal for an amending formula, the then-Minister of Justice Jean Chrétien made statements to the effect that it would allow Parliament to make constitutional amendments for the Senate's continued maintenance and proper functioning, such as, for example, a modification of the Senate's quorum requirement at s. 35 of the *Constitution Act, 1867: Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 53, February 4, 1981, at p. 50. He made clear, however, that significant Senate reform which engages the interests of the provinces could only be achieved with their consent: *ibid.*, at pp. 67-68.

[77] In our view, this understanding of the unilateral federal procedure applies to Part V. The Senate is a core component of the Canadian federal structure of government. As such, changes that affect its fundamental nature and role engage the interests of the stakeholders in our constitutional

[75] Nous ne pouvons souscrire à l'interprétation que propose le procureur général du Canada de la portée de l'art. 44. Nous avons déjà indiqué que la procédure de modification unilatérale par le Parlement a une portée restreinte. Il ne s'agit pas d'une procédure dont le champ d'application est vaste et qui vise les changements constitutionnels à tous les aspects du Sénat que ne vise pas expressément une autre procédure de modification décrite à la partie V. L'historique, les termes et la structure de la partie V indiquent que la procédure normale de modification de la Constitution est prévue à l'art. 38 plutôt qu'à l'art. 44. Les changements qui mettent en cause les intérêts des provinces relatifs au Sénat en tant qu'institution faisant partie intégrante du système fédéral ne peuvent être apportés qu'en application de la procédure normale de modification. L'article 44, qui constitue une exception à la procédure normale, envisage des mesures prises en vue du maintien et du changement du Sénat, sans pour autant modifier ses nature et rôle fondamentaux.

[76] Alors qu'il traitait de la portée de la procédure de modification unilatérale par le Parlement proposée dans le projet de formule de modification présenté par le gouvernement fédéral en 1980, Jean Chrétien, le ministre de la Justice à l'époque, a fait des déclarations laissant entendre que le projet permettrait au Parlement d'apporter des modifications constitutionnelles en vue d'assurer le maintien et le bon fonctionnement du Sénat, par exemple en modifiant les exigences de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au quorum du Sénat : *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 53, 4 février 1981, p. 50. Il a toutefois précisé qu'une réforme importante du Sénat mettant en cause les intérêts des provinces ne pourrait se réaliser qu'avec leur consentement : *ibid.*, p. 67-68.

[77] À notre avis, cette conception de la procédure de modification unilatérale par le Parlement s'applique à la partie V. Le Sénat constitue un élément essentiel de la structure fédérale canadienne de gouvernement. En conséquence, les changements qui touchent ses nature et rôle fondamentaux

design — i.e. the federal government and the provinces — and cannot be achieved by Parliament acting alone.

[78] The question is thus whether the imposition of fixed terms for Senators engages the interests of the provinces by changing the fundamental nature or role of the Senate. If so, the imposition of fixed terms can only be achieved under the general amending procedure. In our view, this question must be answered in the affirmative.

[79] As discussed above, the Senate’s fundamental nature and role is that of a complementary legislative body of sober second thought. The current duration of senatorial terms is directly linked to this conception of the Senate. Senators are appointed roughly for the duration of their active professional lives.<sup>8</sup> This security of tenure is intended to allow Senators to function with independence in conducting legislative review. This Court stated in the *Upper House Reference* that, “[a]t some point, a reduction of the term of office might impair the functioning of the Senate in providing what Sir John A. Macdonald described as ‘the sober second thought in legislation’”: p. 76. A significant change to senatorial tenure would thus affect the Senate’s fundamental nature and role. It could only be achieved under the general amending procedure and falls outside the scope of the unilateral federal amending procedure.

[80] The imposition of fixed senatorial terms is a significant change to senatorial tenure. We are not persuaded by the argument that the fixed

mettent en cause les intérêts des parties prenantes dans notre structure constitutionnelle — c.-à-d. le gouvernement fédéral et les provinces — et le Parlement ne peut, à lui seul, réaliser ces changements.

[78] Il s’agit donc de déterminer si l’imposition aux sénateurs d’un mandat d’une durée fixe met en cause les intérêts des provinces en transformant les nature et rôle fondamentaux du Sénat. Si tel est le cas, l’imposition d’un mandat fixe ne peut se réaliser qu’en conformité avec la procédure normale de modification. À notre avis, cette question appelle une réponse affirmative.

[79] Nous avons déjà vu que les nature et rôle fondamentaux du Sénat sont ceux d’un corps législatif complémentaire qui donne aux mesures législatives un second regard attentif. Actuellement, la durée du mandat des sénateurs est directement liée à cette conception du Sénat. En effet, ces derniers sont nommés à toutes fins utiles pour la durée de leur vie professionnelle active<sup>8</sup>. Cette inamovibilité vise à permettre aux sénateurs de prendre leurs décisions en toute indépendance lorsqu’ils procèdent à l’examen des projets de loi. Dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, la Cour a indiqué que, « [à] un certain point, la réduction de la durée des fonctions pourrait nuire au bon fonctionnement du Sénat qui assure, pour reprendre les paroles de Sir John A. Macdonald, [TRADUCTION] “un deuxième coup d’œil attentif à la loi” » : p. 76. Ainsi, un changement important de la durée du mandat des sénateurs modifierait les nature et rôle fondamentaux du Sénat et ne pourrait donc être apporté qu’en application de la procédure normale de modification et non de la procédure de modification unilatérale fédérale.

[80] La nomination des sénateurs pour une période d’une durée fixe constituerait un changement important à leur mandat. On a soutenu que le

<sup>8</sup> Under s. 29 of the *Constitution Act, 1867* as it stood when originally enacted, Senators were appointed for life (see s. 29(1)). The duration of their tenure was reduced to the attainment of 75 years of age by the *Constitution Act, 1965*, S.C. 1965, c. 4, s. 1. In the *Upper House Reference*, this Court found that “[t]he imposition of compulsory retirement at age seventy-five did not change the essential character of the Senate”: pp. 76-77.

<sup>8</sup> Aux termes de l’art. 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans sa version originale, les sénateurs étaient nommés à vie (voir l’art. 29(1)). La *Loi constitutionnelle de 1965*, S.C. 1965, ch. 4, art. 1, a réduit la durée de leur mandat et ils occupent désormais leur place jusqu’à ce qu’ils atteignent l’âge de 75 ans. Dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, la Cour a statué que « [l]’imposition de la retraite obligatoire à l’âge de soixante-quinze ans n’a pas modifié le caractère essentiel du Sénat » : p. 77.

terms contemplated in the Reference are a minor change because they are equivalent in duration to the average term historically served by Senators. Rather, we agree with the submission of the *amici curiae* that there is an important “qualitative difference” between tenure for the rough duration of a Senator’s active professional life and tenure for a fixed term: factum, at para. 88. Fixed terms provide a weaker security of tenure. They imply a finite time in office and necessarily offer a lesser degree of protection from the potential consequences of freely speaking one’s mind on the legislative proposals of the House of Commons.

[81] It may be possible, as the Attorney General of Canada suggests, to devise a fixed term so lengthy that it provides a security of tenure which is functionally equivalent to that provided by life tenure. However, it is difficult to objectively identify the precise term duration that guarantees an equivalent degree of security of tenure. As Professor Desserud writes:

A one-year term would certainly not provide sufficient opportunity for the Senate to fulfill its duty to be a chamber of sober second thought. . . . The question becomes one of degree. If not one year, what about two? What about three? And so on. . . . Drawing an absolute line between when a term limit is too short and acceptably short is impossible.

(D. Desserud, “Whither 91.1? The Constitutionality of Bill C-19: An Act to Limit Senate Tenure”, in J. Smith, ed., *The Democratic Dilemma*, 63, at p. 78)

[82] The difficulty in determining how long senatorial terms should be in order to safeguard the Senate’s role as a body of sober second thought suggests that this is at heart a matter of policy. The very process of subjectively identifying a term long enough to leave intact the Senate’s independence

mandat d’une durée fixe qu’envisage le renvoi représente un changement mineur parce que sa durée équivaut à la période moyenne durant laquelle, historiquement, les sénateurs exercent leurs fonctions. Cet argument ne nous convainc pas. Nous sommes plutôt d’accord avec les *amici curiae* d’après lesquels il existe une importante « différence qualitative » entre le mandat d’une durée correspondant approximativement à la durée de la vie professionnelle active d’un sénateur et le mandat d’une durée fixe : mémoire, par. 88. Ce dernier type de mandat établit une inamovibilité plus fragile. Il suppose que les sénateurs restent en fonction pour une période limitée et offre nécessairement un degré moindre de protection à l’égard des conséquences que pourraient entraîner des opinions qu’ils exprimeraient librement au sujet des projets législatifs de la Chambre des communes.

[81] Il est possible, comme le laisse entendre le procureur général du Canada, de concevoir un mandat fixe assez long pour offrir une inamovibilité fonctionnellement équivalente à celle qu’accorde le mandat à vie. Il n’est toutefois pas facile de fixer objectivement une durée précise garantissant un degré d’inamovibilité équivalent. Pour reprendre les propos du professeur Desserud :

[TRADUCTION] Un mandat d’un an n’offrirait certainement pas au Sénat une possibilité suffisante d’exercer sa fonction de corps législatif qui donne aux mesures législatives un second regard attentif. [. . .] Une question de degré se pose alors. Si ce n’est pas un an, que dire de deux ans? Ou trois ans? Et ainsi de suite. [. . .] Il est impossible de distinguer de façon absolue entre un mandat trop court et un mandat court qui serait acceptable.

(D. Desserud, « Whither 91.1? The Constitutionality of Bill C-19 : An Act to Limit Senate Tenure », dans J. Smith, dir., *The Democratic Dilemma*, 63, p. 78)

[82] La difficulté à établir une durée du mandat des sénateurs qui sauvegarderait le rôle du Sénat en tant qu’organisme qui porte aux mesures législatives un second regard attentif suggère que l’on se trouve essentiellement devant une question de politique publique. La tentative même d’établir

engages the interests of the provinces and requires their input. The imposition of fixed terms, even lengthy ones, constitutes a change that engages the interests of the provinces as stakeholders in Canada's constitutional design and falls within the rule of general application for constitutional change — the 7/50 procedure in s. 38.

[83] We note that although s. 42 does not apply to the imposition of fixed terms, no province would be able to exercise a right to “opt out” of a reform of tenure that garnered the requisite level of provincial consent. Such a change would constitute an institutional reform that affects the independence of the Senate and the senatorial office. It does not affect the legislative powers, property rights, or any other rights or privileges of the legislature or government of a province. Consequently, it does not trigger the right to “opt out” provided in s. 38(2) of the *Constitution Act, 1982*.

### C. *Property Qualifications*

[84] The fourth Reference question contemplates the repeal of the provisions setting out the property qualifications for Senators. Sections 23(3) to 23(6) of the *Constitution Act, 1867* provide:

**23.** The Qualifications of a Senator shall be as follows:

3. He shall be legally or equitably seised as of Freehold for his own Use and Benefit of Lands or Tenements held in Free and Common Socage, or seised or possessed for his own Use and Benefit of Lands or Tenements held in Franc-alleu or in Roture, within the Province for which he is appointed, of the Value of Four thousand Dollars, over and above all Rents, Dues, Debts, Charges, Mortgages, and Incumbrances due or payable out of or charged on or affecting the same;

subjectivement une durée du mandat suffisamment longue pour maintenir l'indépendance du Sénat met en cause l'intérêt des provinces et exige leur participation. L'imposition d'un mandat fixe, si long soit-il, constitue un changement qui engage les intérêts des provinces en tant que parties prenantes dans l'ordre constitutionnel canadien et exige l'application de la procédure normale — celle du 7/50 énoncée à l'art. 38 — pour que se réalise cette modification constitutionnelle.

[83] Fait à noter, bien que l'art. 42 ne s'applique pas à l'imposition d'un mandat d'une durée fixe, aucune province ne pourrait « se soustraire » à une réforme du mandat qui recueillerait le consentement requis des provinces. Un tel changement constituerait une réforme institutionnelle qui modifierait l'indépendance du Sénat et le poste de sénateur. Cependant, il ne toucherait pas la compétence législative, les droits de propriété ou tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un gouvernement provincial. En conséquence, il ne ferait pas intervenir le droit de « se soustraire » prévu au par. 38(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

### C. *Qualifications en matière de propriété*

[84] La quatrième question du renvoi vise l'abrogation des dispositions établissant les qualifications que doivent posséder les sénateurs en matière de propriété. Les paragraphes 23(3) à 23(6) de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoient :

**23.** Les qualifications d'un sénateur seront comme suit :

3. Il devra posséder, pour son propre usage et bénéfice, comme propriétaire en droit ou en équité, des terres ou tenements tenus en franc et commun socage, — ou être en bonne saisine ou possession, pour son propre usage et bénéfice, de terres ou tenements tenus en franc-alleu ou en roture dans la province pour laquelle il est nommé, de la valeur de quatre mille piastres en sus de toutes rentes, dettes, charges, hypothèques et redevances qui peuvent être attachées, dues et payables sur ces immeubles ou auxquelles ils peuvent être affectés;

4. His Real and Personal Property shall be together worth Four thousand Dollars over and above his Debts and Liabilities;

5. He shall be resident in the Province for which he is appointed;

6. In the Case of Quebec he shall have his Real Property Qualification in the Electoral Division for which he is appointed, or shall be resident in that Division.

4. Ses propriétés mobilières et immobilières devront valoir, somme toute, quatre mille piastres, en sus de toutes ses dettes et obligations;

5. Il devra être domicilié dans la province pour laquelle il est nommé;

6. En ce qui concerne la province de Québec, il devra être domicilié ou posséder sa qualification foncière dans le collège électoral dont la représentation lui est assignée.

[85] The *Constitution Act, 1867* established two property qualifications for Senators: a real property qualification requiring them to own land worth at least \$4,000 in the province for which they are appointed (s. 23(3)), and a requirement that they have a personal net worth of at least \$4,000 (s. 23(4)). The Attorney General of Canada argues that Parliament can repeal the provisions setting out these requirements through the unilateral federal amendment procedure. The Attorney General of Quebec contends that the repeal of the real property qualification in s. 23(3) would affect the operation of s. 23(6), which allows Quebec Senators to either reside in the electoral division for which they are appointed *or* to fulfill their real property qualification in that division. It follows, in his view, that Quebec's consent is required to repeal the provision.

[85] La *Loi constitutionnelle de 1867* a établi deux qualifications auxquelles doivent satisfaire les sénateurs en matière de propriété : une qualification foncière les obligeant à posséder des terres valant au moins 4 000 \$ dans la province pour laquelle ils sont nommés (par. 23(3)), et l'obligation de posséder un avoir net personnel d'au moins 4 000 \$ (par. 23(4)). Le procureur général du Canada plaide que le Parlement peut abroger les dispositions établissant ces exigences en utilisant la procédure de modification unilatérale fédérale. Pour sa part, le procureur général du Québec soutient que l'abrogation de la qualification prévue au par. 23(3) en matière de propriété immobilière aurait une incidence sur l'application du par. 23(6), qui permet aux sénateurs du Québec de résider dans le collège électoral pour lequel ils sont nommés *ou* d'y posséder leur qualification foncière. Il s'ensuit, selon lui, que le consentement du Québec est nécessaire pour abroger la disposition visée.

[86] We conclude that the net worth requirement (s. 23(4)) can be repealed by Parliament under the unilateral federal amending procedure. However, a full repeal of the real property requirement (s. 23(3)) requires the consent of Quebec's legislative assembly, under the special arrangements procedure. Indeed, a full repeal of that provision would also constitute an amendment in relation to s. 23(6), which contains a special arrangement applicable only to the province of Quebec.

[86] Nous concluons que le Parlement peut agir seul, en vertu de la procédure de modification unilatérale fédérale, pour abroger la condition relative à l'avoir net (par. 23(4)). L'abrogation complète du par. 23(3) requiert toutefois le consentement de l'assemblée législative du Québec, suivant la procédure sur les arrangements spéciaux. En effet, l'abrogation complète de la condition relative à l'avoir foncier (par. 23(3)) constituerait également une modification du par. 23(6), qui prévoit un arrangement spécial applicable uniquement à la province de Québec.

(1) The Net Worth Requirement

(1) La condition relative à l'avoir net

[87] As discussed above, the unilateral federal procedure to amend the Constitution is limited

[87] Comme nous l'avons vu, la procédure unilatérale fédérale de modification de la Constitution a

in scope. It does not permit amendments that engage the interests of the provinces by modifying the Senate's fundamental nature or role. The question is thus whether the removal of the net worth requirement would modify the Senate's fundamental nature or role.

[88] There is nothing in the material before us to suggest that removing the net worth requirement would affect the independence of Senators or otherwise affect the Senate's role as a complementary legislative chamber of sober second thought. This change is qualitatively different than implementing consultative elections for Senators or changing their security of tenure, which affect the fundamental nature and role of the Senate.

[89] Therefore, removing the net worth requirement does not engage the interests of the provinces. This is supported by the fact that none of the intervening provinces opposed the repeal of the requirement or argued that their interests were engaged by the amendment.

[90] We conclude that the repeal of s. 23(4) is precisely the type of amendment that the framers of the *Constitution Act, 1982* intended to capture under s. 44. It updates the constitutional framework relating to the Senate without affecting the institution's fundamental nature and role.

## (2) The Real Property Requirement

[91] Similarly, the removal of the real property requirement (s. 23(3), *Constitution Act, 1867*) would not alter the fundamental nature and role of the Senate. However, the removal of the real property requirement for Quebec's Senators would constitute an amendment in relation to a special arrangement. It would thus attract the special arrangements procedure and require the consent of Quebec's National Assembly (s. 43, *Constitution Act, 1982*).

une portée restreinte. Elle ne permet pas les modifications mettant en cause les intérêts des provinces en modifiant les nature et rôle fondamentaux du Sénat. La question consiste donc à déterminer si l'élimination de la condition relative à l'avoir net modifierait la nature fondamentale ou le rôle du Sénat.

[88] Rien dans le présent dossier ne suggère que la suppression de la condition relative à l'avoir net influencerait sur l'indépendance des sénateurs ou aurait quelque incidence que ce soit sur le rôle du Sénat en tant qu'organisme législatif complémentaire chargé de porter un second regard attentif aux projets de loi. Ce changement diffère, du point de vue qualitatif, de la mise en place d'élections consultatives des sénateurs ou d'un changement portant sur l'inamovibilité de ceux-ci qui, eux, ont une incidence sur les nature et rôle fondamentaux du Sénat.

[89] En conséquence, la suppression de la condition relative à l'avoir net ne met pas en cause les intérêts des provinces. Cette conclusion est étayée par le fait qu'aucune des provinces intervenantes ne s'est opposée à l'abrogation de cette condition ou n'a soutenu qu'une telle modification mettait en cause ses intérêts.

[90] À notre avis, l'abrogation du par. 23(4) constitue précisément le type de modification que les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* entendaient inclure dans le champ d'application de l'art. 44. Elle met à jour le cadre constitutionnel régissant le Sénat sans toucher à ses nature et rôle fondamentaux.

## (2) La condition relative à l'avoir foncier

[91] De même, la suppression de la condition relative à l'avoir foncier (par. 23(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*) ne modifierait pas les nature et rôle fondamentaux du Sénat. Cependant, la suppression de cette condition pour les sénateurs du Québec constituerait une modification relative à un arrangement spécial. Elle entraînerait donc l'application de la procédure relative à de tels arrangements et exigerait le consentement de l'Assemblée nationale du Québec (*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 43).

[92] Section 22 of the *Constitution Act, 1867* provides that each Senator from Quebec is appointed to represent one of the province's 24 electoral divisions. Historically, this was intended to ensure that Quebec's Anglophone minorities would be represented in the Senate, by making it mandatory to appoint Senators specifically for divisions in which the majority of the population was Anglophone: J. Woehrling, "Le recours à la procédure de modification de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec", in P. Thibault, B. Pelletier and L. Perret, eds., *Essays in Honour of Gérald-A. Beaudoin: The Challenges of Constitutionalism* (2002), 449, at pp. 489-90. Section 23(6) is linked to the implementation of this special arrangement: it provides a degree of flexibility to Senators from Quebec by allowing them to either reside in the electoral division for which they are appointed *or* to simply fulfill their real property qualification in that division.

[93] A full repeal of s. 23(3) would render inoperative the option in s. 23(6) for Quebec Senators to fulfill their real property qualification in their respective electoral divisions, effectively making it mandatory for them to reside in the electoral divisions for which they are appointed. It would constitute an amendment in relation to s. 23(6), which contains a special arrangement applicable to a single province, and consequently would fall within the scope of the special arrangement procedure. The consent of Quebec's National Assembly is required.

[94] However, the real property qualification in s. 23(3) could be partially removed by making the provision inapplicable to Senators from all provinces except those from Quebec. This would not engage the interests of the provinces and can be achieved under the unilateral federal amending procedure.

#### VI. Senate Abolition: How Can It Be Achieved?

[95] Finally, the Reference asks which of two possible procedures applies to abolition of the Senate: the general amending procedure or the unanimous consent procedure?

[92] Suivant l'art. 22 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, chaque sénateur du Québec est nommé pour représenter un des 24 collèges électoraux de cette province. Historiquement, il s'agissait de s'assurer que la minorité anglophone du Québec soit représentée au Sénat en rendant obligatoire la nomination de sénateurs spécifiquement pour des collèges à majorité anglophones : J. Woehrling, « Le recours à la procédure de modification de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec », dans P. Thibault, B. Pelletier et L. Perret, dir., *Les mélanges Gérald-A. Beaudoin : Les défis du constitutionnalisme* (2002), 449, p. 489-490. Le paragraphe 23(6) se rattache à la mise en œuvre de cet arrangement spécial : il offre une certaine latitude aux sénateurs du Québec en leur permettant soit de résider dans le collège électoral pour lequel ils sont nommés, *soit* d'y posséder simplement leur qualification foncière.

[93] L'abrogation complète du par. 23(3) rendrait inopérante la possibilité offerte aux sénateurs du Québec par le par. 23(6) de posséder leur qualification foncière dans leur collège électoral respectif, ce qui les obligerait effectivement à résider dans le collège électoral qu'ils représentent. Cette mesure constituerait une modification au par. 23(6), qui prévoit un arrangement spécial applicable à une seule province, et entrerait donc dans le champ d'application de la procédure relative aux arrangements spéciaux. Une telle modification requiert donc le consentement de l'Assemblée nationale du Québec.

[94] Par contre, le Parlement pourrait supprimer en partie la qualification foncière établie au par. 23(3) en rendant la disposition inapplicable aux sénateurs de toutes les provinces sauf du Québec. Cette modification ne mettrait pas en cause les intérêts des provinces et pourrait se faire suivant la procédure unilatérale fédérale.

#### VI. Abolition du Sénat : comment peut-elle se faire?

[95] Enfin, le renvoi demande s'il faut, pour abolir le Sénat, recourir à la procédure normale de modification ou à celle du consentement unanime.

[96] The Attorney General of Canada argues that the general amending procedure applies because abolition of the Senate falls under matters which Part V expressly says attract that procedure — amendments in relation to “the powers of the Senate” and “the number of members by which a province is entitled to be represented in the Senate” (s. 42(1)(b) and (c)). Abolition, it is argued, is simply a matter of “powers” and “members”: it literally takes away all of the Senate’s powers and all of its members. Alternatively, the Attorney General of Canada argues that since abolition of the Senate is not expressly mentioned anywhere in Part V, it falls residually under the general amending procedure.

[97] We cannot accept the Attorney General’s arguments. Abolition of the Senate is not merely a matter of “powers” or “members” under s. 42(1)(b) and (c) of the *Constitution Act, 1982*. Rather, abolition of the Senate would fundamentally alter our constitutional architecture — by removing the bicameral form of government that gives shape to the *Constitution Act, 1867* — and would amend Part V, which requires the unanimous consent of Parliament and the provinces (s. 41(e), *Constitution Act, 1982*).

A. *Abolishing the Senate Does Not Fall Within Section 42(1)(b) and (c)*

[98] It is argued that s. 42(1)(b) and (c), which expressly make the general amending procedure applicable to changes to the “powers” of the Senate and to the “number” of Senators allotted to each province, brings abolition of the Senate within the scope of the general amending procedure.

[99] We cannot accept this argument. It misunderstands the purpose of the express mention of the Senate in s. 42(1)(b) and (c). This provision captures Senate *reform*, which implies the continued existence of the Senate: Pelletier, *La modification*

[96] Le procureur général du Canada prétend qu’il faut recourir à la procédure normale de modification parce que l’abolition du Sénat fait partie des questions auxquelles s’applique cette procédure suivant les termes exprès de la partie V, soit les modifications relatives aux « pouvoirs du Sénat » et au « nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée » (al. 42(1)(b) et c)). Selon le procureur général du Canada, l’abolition de l’institution ne concerne que les « pouvoirs » et les « sénateurs » dans la mesure où elle enlève littéralement au Sénat tous ses pouvoirs et tous ses sénateurs. Il soutient subsidiairement que l’abolition du Sénat relève par défaut de la procédure normale de modification, parce qu’elle n’est mentionnée nulle part dans la partie V.

[97] Nous ne pouvons retenir les arguments du procureur général. En effet, l’abolition du Sénat ne concerne pas uniquement les « pouvoirs » ou les « sénateurs » au sens où il faut entendre ces termes pour l’application des al. 42(1)(b) et c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle changerait plutôt fondamentalement notre architecture constitutionnelle — en supprimant la structure bicamérale de gouvernement qui sous-tend l’architecture de la *Loi constitutionnelle de 1867* — et modifierait la partie V, ce qui exige le consentement unanime du Parlement et des provinces (*Loi constitutionnelle de 1982*, al. 41e)).

A. *L’abolition du Sénat ne relève ni de l’al. 42(1)(b) ni de l’al. 42(1)(c)*

[98] On prétend que les al. 42(1)(b) et c) — qui prévoient expressément l’application de la procédure normale de modification aux changements apportés aux « pouvoirs » du Sénat et au « nombre » de sénateurs accordé à chaque province — assujettissent l’abolition du Sénat à la procédure normale de modification.

[99] Nous ne pouvons retenir cet argument qui repose sur une interprétation erronée du motif pour lequel le Sénat est expressément mentionné aux al. 42(1)(b) et c). Ces dispositions visent la *réforme* du Sénat, qui suppose le maintien de son



*constitutionnelle au Canada*, at pp. 221-24. Out-right abolition falls beyond its scope.

[100] As discussed above, the references to the Senate in s. 42 were made in anticipation of future Senate reform. The Quebec Court of Appeal aptly captured this historical context and its relevance in interpreting s. 42:

The interpretation of section 42 must also take account, in particular, that because of the inability of the federal government and the provinces to agree in 1982 on a total reform of the Constitution, including the Senate, amongst other institutions, the framers decided to postpone further discussion of the matters it contains, while specifying the applicable amending procedure to incorporate an eventual consensus in the Constitution.

(*Quebec Senate Reference*, at para. 40)

[101] Abolition of the Senate was not on the minds of the framers of the *Constitution Act, 1982*. Rather, they turned their minds to the main aspects of Senate reform that were discussed in the years prior to patriation: the distribution of seats in the Senate, the powers of the Senate, and the manner of selecting Senators. They expected ongoing discussion of these aspects of Senate reform and made it clear, through their choice of words in s. 42, that these reforms would require a substantial degree of federal-provincial consensus. However, they assumed that the evolution of Canada's system of government would be characterized by a degree of continuity — that constitutional change would be incremental and that some core institutions would remain firmly anchored in our constitutional order.

[102] To interpret s. 42 as embracing Senate abolition would depart from the ordinary meaning of its language and is not supported by the historical record. The mention of amendments in relation to the powers of the Senate and the number of

existence : Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, p. 221-224. Ainsi, l'abolition pure et simple du Sénat échappe à l'application de ces alinéas.

[100] Comme nous l'avons expliqué plus tôt, on a mentionné plusieurs fois le Sénat à l'art. 42 en prévision de sa réforme future. La Cour d'appel du Québec a bien exposé ce contexte historique et la pertinence qu'il a pour ce qui est d'interpréter l'art. 42 :

L'interprétation de l'article 42 doit aussi tenir compte, notamment, du fait que devant l'incapacité du gouvernement fédéral et des provinces de convenir, en 1982, d'une réforme complète de la Constitution, incluant certaines institutions dont le Sénat, le constituant a convenu de reporter à plus tard le débat sur les questions prévues à cet article, tout en précisant la procédure de modification qui sera alors applicable pour l'incorporation d'un éventuel consensus dans la Constitution.

(*Renvoi québécois relatif au Sénat*, par. 40)

[101] Les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne songeaient pas à l'abolition du Sénat. Ils se sont plutôt penchés sur les aspects principaux de la réforme du Sénat dont il avait été question au cours des années précédant le rapatriement : la répartition des sièges au Sénat, les pouvoirs de celui-ci et le mode de sélection des sénateurs. Ils s'attendaient à un débat soutenu sur ces aspects de la réforme du Sénat et ont bien précisé, par les termes qu'ils ont employés à l'art. 42, que ces réformes exigeraient un fort consensus du fédéral et des provinces. Ils ont cependant tenu pour acquis que l'évolution du régime de gouvernement canadien s'inscrirait dans une certaine continuité, c.-à-d. que les modifications constitutionnelles se feraient graduellement et que quelques institutions fondamentales resteraient fermement ancrées dans notre ordre constitutionnel.

[102] Interpréter l'art. 42 comme envisageant l'abolition du Sénat irait à l'encontre du sens ordinaire de son libellé, et pareille interprétation ne trouve aucun appui dans le dossier historique. La mention des modifications portant sur les pouvoirs du Sénat et le

Senators for each province presupposes the continuing existence of a Senate and makes no room for an indirect abolition of the Senate. Within the scope of s. 42, it is possible to make significant changes to the powers of the Senate and the number of Senators. But it is outside the scope of s. 42 to altogether strip the Senate of its powers and reduce the number of Senators to zero.

*B. Abolishing the Senate Would Alter the Part V Amending Formula*

[103] The Attorney General of Canada argues that Senate abolition can be accomplished without amending Part V and that it therefore does not fall within the scope of s. 41(e), which requires unanimous federal-provincial consent for amendments to Part V. He argues that the Senate can be abolished without textually modifying the provisions of Part V. The references to the Senate in Part V would simply be viewed as “spent” and as devoid of legal effect.

[104] The Attorney General further submits that the Part V amending procedures would remain functional despite the presence of these “spent” provisions, since the Senate’s failure to adopt a resolution authorizing a constitutional amendment can be overridden after the expiration of a 180-day period: s. 47(1), *Constitution Act, 1982*. Moreover, he submits that the Senate’s role in the unilateral federal amending procedure (s. 44) can be eliminated under the general amending procedure, by changing the definition of Parliament in s. 17 of the *Constitution Act, 1867* so as to remove the upper house.

[105] The Attorney General supplements these submissions with the argument that the effects of Senate abolition on Part V would be merely incidental and that they should not trigger the application of the unanimous consent procedure. In his view, Senate abolition would not be, “in pith and substance”, an amendment in relation to Part V.

nombre de sénateurs pour chaque province présuppose le maintien de l’existence d’un Sénat et interdit toute abolition indirecte de l’institution. La portée de l’art. 42 permet de modifier considérablement les pouvoirs du Sénat et le nombre de sénateurs. Dépouiller totalement le Sénat de ses pouvoirs et réduire à zéro le nombre de sénateurs outrepasserait toutefois la portée de cette disposition.

*B. L’abolition du Sénat modifierait la formule de modification établie à la partie V*

[103] Le procureur général du Canada plaide que l’abolition du Sénat peut se faire sans modifier la partie V, et qu’elle ne relève donc pas de l’al. 41e), qui exige le consentement unanime du fédéral et des provinces dans le cas des modifications de la partie V. En outre, il fait valoir qu’il est possible d’abolir le Sénat sans modifier le texte de la partie V. Les mentions du Sénat dans la partie V seraient simplement perçues comme étant devenues « caduque[s] » et dépourvues d’effet juridique.

[104] De plus, le procureur général du Canada soutient que les procédures de modification prévues à la partie V resteraient fonctionnelles malgré la présence de ces dispositions « caduque[s] », parce que l’omission du Sénat d’autoriser par résolution une modification constitutionnelle peut être écartée à l’expiration d’un délai de 180 jours : *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 47(1). Par ailleurs, toujours selon le procureur général, on peut éliminer le rôle joué par le Sénat dans la procédure unilatérale fédérale (art. 44) — en appliquant la procédure normale de modification — en modifiant la définition du Parlement qui figure à l’art. 17 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour en supprimer la chambre haute.

[105] Le procureur général du Canada étoffe ces arguments en soutenant que l’abolition du Sénat n’aurait que des effets accessoires sur la partie V et que ces effets ne devraient pas entraîner l’application de la procédure de consentement unanime. À son avis, l’abolition du Sénat ne constituerait pas, de par « son caractère véritable », une modification touchant la partie V.

[106] We disagree with these submissions. Once more, the Attorney General privileges form over substance. Part V is replete with references to the Senate and gives the Senate a role in all of the amending procedures, except for the unilateral provincial procedure: Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, at pp. 220-21. Part V was drafted on the assumption that the federal Parliament would remain bicameral in nature, i.e. that there would continue to be both a lower legislative chamber and a complementary upper chamber. Removal of the upper chamber from our Constitution would alter the structure and functioning of Part V. Consequently, it requires the unanimous consent of Parliament and of all the provinces (s. 41(e)).

[107] The Attorney General of Canada's argument that the upper chamber could be removed without amending Part V fails to persuade us. As discussed, the notion of an amendment to the Constitution of Canada is not limited to textual modifications — it also embraces significant structural modifications of the Constitution. The abolition of the upper chamber would entail a significant structural modification of Part V. Amendments to the Constitution of Canada are subject to review by the Senate. The Senate can veto amendments brought under s. 44 and can delay the adoption of amendments made pursuant to ss. 38, 41, 42, and 43 by up to 180 days: s. 47, *Constitution Act, 1982*. The elimination of bicameralism would render this mechanism of review inoperative and effectively change the dynamics of the constitutional amendment process. The constitutional structure of Part V as a whole would be fundamentally altered.

[108] The argument that Senate abolition would only have “incidental” or secondary effects on Part V also fails to persuade us. The effects of Senate abolition on Part V are direct and substantial. While it is true that the Senate's role in constitutional amendment is not as central as that of the House of Commons or the provincial legislatures, its ability

[106] Nous sommes en désaccord avec ces arguments. Une fois de plus, le procureur général privilégie une thèse trop formaliste. La partie V contient un grand nombre de mentions du Sénat et lui confie un rôle dans toutes les procédures de modification, sauf la procédure unilatérale provinciale : Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, p. 220-221. En outre, elle a été rédigée en tenant pour acquis que le Parlement fédéral conserverait son caractère bicaméral, c.-à-d. qu'il aurait encore à la fois une chambre législative basse et une chambre haute complémentaire. La suppression de la chambre haute de notre Constitution transformerait la structure et l'application de la partie V. Elle requiert donc le consentement unanime du Parlement et de toutes les provinces (al. 41e)).

[107] L'argument du procureur général du Canada voulant qu'on puisse supprimer la chambre haute sans modifier la partie V ne nous convainc pas. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la notion de modification de la Constitution du Canada ne vise pas seulement les modifications de forme; elle englobe aussi les modifications structurelles importantes de la Constitution. L'abolition de la chambre haute impliquerait une modification structurelle importante de la partie V. Les modifications de la Constitution du Canada sont soumises au contrôle du Sénat, qui peut opposer un veto aux modifications introduites en application de l'art. 44 et retarder l'adoption de modifications apportées au titre des art. 38, 41, 42 et 43 pendant au plus 180 jours : *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 47. L'élimination du bicaméralisme rendrait inopérant ce mécanisme de contrôle et transformerait dans les faits la dynamique du processus de modification constitutionnelle. La structure constitutionnelle de la partie V serait fondamentalement modifiée dans son ensemble.

[108] L'argument selon lequel l'abolition du Sénat n'entraînerait que des effets « accessoires » ou secondaires sur la partie V ne nous convainc pas non plus. Les effets de l'abolition du Sénat sur la partie V seraient directs et substantiels. Certes, le Sénat ne joue pas dans le processus de modification constitutionnelle un rôle aussi crucial que la

to delay the adoption of constitutional amendments nevertheless provides an additional mechanism to ensure that they are carefully considered. Indeed, the Senate's refusal to authorize an amendment can give the House of Commons pause and draw public attention to amendments: Smith, at p. 152.

[109] Since the effects of Senate abolition on Part V cannot be characterized as incidental, it is not necessary to decide whether there exists a doctrine — analogous to the “pith and substance” doctrine, discussed above — that justifies applying the general amending procedure to a constitutional amendment that has incidental effects on a matter coming within the unanimous consent procedure.

### C. *Conclusion on Abolition of the Senate*

[110] The review of constitutional amendments by an upper house is an essential component of the Part V amending procedures. The Senate has a role to play in all of the Part V amending procedures, except for the unilateral provincial procedure. The process of constitutional amendment in a unicameral system would be qualitatively different from the current process. There would be one less player in the process, one less mechanism of review. It would be necessary to decide whether the amending procedure can function as currently drafted in a unicameral system, or whether it should be modified to provide for a new mechanism of review that occupies the role formerly played by the upper chamber. These issues relate to the functioning of the constitutional amendment formula and, as such, unanimous consent of Parliament and of all the provinces is required under s. 41(e) of the *Constitution Act, 1982*.

## VII. Conclusion

[111] The majority of the changes to the Senate which are contemplated in the Reference can only be achieved through amendments to the Constitution,

Chambre des communes ou les législatures provinciales, mais sa faculté de retarder l'adoption de modifications constitutionnelles constitue néanmoins un mécanisme supplémentaire assurant leur examen attentif. En effet, le refus du Sénat d'autoriser une modification peut donner à la Chambre des communes un moment de réflexion et attirer l'attention du public sur la modification en question : Smith, p. 152.

[109] Puisque les effets de l'abolition du Sénat sur la partie V ne sauraient être qualifiés d'accessoires, il n'est pas nécessaire de décider s'il existe une doctrine — analogue à celle du « caractère véritable » évoquée précédemment — qui justifie l'application de la procédure normale de modification à une modification constitutionnelle ayant des effets accessoires sur une question relevant de la procédure de consentement unanime.

### C. *Conclusion sur l'abolition du Sénat*

[110] La révision des modifications constitutionnelles par une chambre haute est un élément essentiel des procédures de modification prévues à la partie V. Le Sénat joue un rôle dans toutes ces procédures, exception faite de la procédure unilatérale provinciale. Le processus de modification constitutionnelle dans un régime unicaméral différerait, au plan qualitatif, du processus actuel. Il y aurait un acteur de moins dans le processus, et un mécanisme de contrôle disparaîtrait. Il faudrait décider si la procédure de modification peut être suivie en sa forme actuelle dans le cadre d'un régime unicaméral, ou si elle devrait être modifiée pour prévoir un nouveau mécanisme de contrôle exerçant la fonction autrefois assumée par la chambre haute. Ces questions se rapportent au fonctionnement de la formule de modification constitutionnelle et, à ce titre, selon l'al. 41e) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le consentement unanime du Parlement et des provinces est requis.

## VII. Conclusion

[111] La majorité des changements au Sénat envisagés dans le renvoi ne peuvent être apportés qu'au moyen de modifications de la Constitution,

with substantial federal-provincial consensus. The implementation of consultative elections and senatorial term limits requires consent of the Senate, the House of Commons, and the legislative assemblies of at least seven provinces representing, in the aggregate, half of the population of all the provinces: s. 38 and s. 42(1)(b), *Constitution Act, 1982*. A full repeal of the property qualifications requires the consent of the legislative assembly of Quebec: s. 43, *Constitution Act, 1982*. As for Senate abolition, it requires the unanimous consent of the Senate, the House of Commons, and the legislative assemblies of all Canadian provinces: s. 41(e), *Constitution Act, 1982*.

[112] We answer the Reference questions as follows:

1. In relation to each of the following proposed limits to the tenure of Senators, is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to make amendments to section 29 of the *Constitution Act, 1867* providing for

(a) a fixed term of nine years for Senators, as set out in clause 5 of Bill C-7, the *Senate Reform Act*;

(b) a fixed term of ten years or more for Senators;

(c) a fixed term of eight years or less for Senators;

(d) a fixed term of the life of two or three Parliaments for Senators;

(e) a renewable term for Senators, as set out in clause 2 of Bill S-4, *Constitution Act, 2006 (Senate tenure)*;

(f) limits to the terms for Senators appointed after October 14, 2008 as set out in subclause 4(1) of Bill C-7, the *Senate Reform Act*; and

(g) retrospective limits to the terms for Senators appointed before October 14, 2008?

adoptées avec un consensus fédéral-provincial considérable. La mise en place d'élections consultatives et de mandats sénatoriaux d'une durée limitée requiert le consentement du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative d'au moins sept provinces dont la population confondue représente au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces : *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 38 et al. 42(1)b). La suppression complète des qualifications en matière de propriété nécessite le consentement de l'assemblée législative du Québec : *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 43. L'abolition du Sénat, quant à elle, requiert le consentement unanime du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province canadienne : *Loi constitutionnelle de 1982*, al. 41e).

[112] Voici nos réponses aux questions du renvoi :

1. Pour chacune des limites ci-après proposées pour la durée du mandat des sénateurs, le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour apporter les modifications à l'article 29 de la *Loi constitutionnelle de 1867* afin de prévoir :

a) un mandat d'une durée fixe de neuf ans, tel que le propose l'article 5 du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat*;

b) un mandat d'une durée fixe de dix ans ou plus;

c) un mandat d'une durée fixe de huit ans ou moins;

d) un mandat d'une durée fixe de deux ou trois législatures;

e) le renouvellement du mandat des sénateurs, tel que le propose l'article 2 du projet de loi S-4, *Loi constitutionnelle de 2006 (durée du mandat des sénateurs)*;

f) une limite à la durée du mandat des sénateurs nommés après le 14 octobre 2008, tel que le propose le paragraphe 4(1) du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat*;

g) une limite rétrospective à la durée du mandat des sénateurs nommés avant le 14 octobre 2008?

No.

2. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 91 of the *Constitution Act, 1867*, or section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to enact legislation that provides a means of consulting the population of each province and territory as to its preferences for potential nominees for appointment to the Senate pursuant to a national process as was set out in Bill C-20, the *Senate Appointment Consultations Act*?

No.

3. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 91 of the *Constitution Act, 1867*, or section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to establish a framework setting out a basis for provincial and territorial legislatures to enact legislation to consult their population as to their preferences for potential nominees for appointment to the Senate as set out in the schedule to Bill C-7, the *Senate Reform Act*?

No.

4. Is it within the legislative authority of the Parliament of Canada, acting pursuant to section 44 of the *Constitution Act, 1982*, to repeal subsections 23(3) and (4) of the *Constitution Act, 1867* regarding property qualifications for Senators?

Yes, with respect to s. 23(4). A full repeal of s. 23(3) requires a resolution of the legislative assembly of Quebec, pursuant to s. 43 of the *Constitution Act, 1982*.

5. Can an amendment to the Constitution of Canada to abolish the Senate be accomplished by the general amending procedure set out in section 38 of the *Constitution Act, 1982*, by one of the following methods:

(a) by inserting a separate provision stating that the Senate is to be abolished as of a certain date, as an amendment to the *Constitution Act, 1867* or as a separate provision that is outside of the *Constitution Acts, 1867 to 1982* but that is still part of the Constitution of Canada;

Non.

2. Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour édicter des lois qui permettraient de consulter, dans le cadre d'un processus national, la population de chaque province et territoire afin de faire connaître ses préférences quant à la nomination de candidats sénatoriaux, conformément au projet de loi C-20, *Loi sur les consultations concernant la nomination des sénateurs*?

Non.

3. Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour prévoir un cadre qui viserait l'édiction de lois par les législatures provinciales et territoriales —conformes à l'annexe du projet de loi C-7, *Loi sur la réforme du Sénat* —, pour consulter leurs populations afin de faire connaître leurs préférences quant à la nomination de candidats sénatoriaux?

Non.

4. Le Parlement du Canada détient-il, en vertu de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la compétence législative voulue pour abroger les paragraphes 23(3) et (4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernant la qualification des sénateurs en matière de propriété?

Oui, en ce qui concerne le par. 23(4). L'abrogation complète du par. 23(3) requiert une résolution de l'assemblée législative du Québec, en application de l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

5. Pourrait-on, par l'un des moyens ci-après, avoir recours à la procédure normale de modification prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour abolir le Sénat :

a) ajouter une disposition distincte prévoyant que le Sénat serait aboli à une date précise, à titre de modification de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou de disposition distincte des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* s'inscrivant néanmoins dans la Constitution du Canada;

(b) by amending or repealing some or all of the references to the Senate in the Constitution of Canada; or

(c) by abolishing the powers of the Senate and eliminating the representation of provinces pursuant to paragraphs 42(1)(b) and (c) of the *Constitution Act, 1982*?

No.

6. If the general amending procedure set out in section 38 of the *Constitution Act, 1982* is not sufficient to abolish the Senate, does the unanimous consent procedure set out in section 41 of the *Constitution Act, 1982* apply?

Yes.

b) modifier ou abroger en tout ou en partie les renvois au Sénat dans la Constitution du Canada;

c) abroger les pouvoirs du Sénat et éliminer la représentation des provinces en vertu des alinéas 42(1)b) et c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Non.

6. Si la procédure normale de modification prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne permet pas d'abolir le Sénat, faudrait-il recourir à la procédure de consentement unanime prévue à l'article 41 de cette loi?

Oui.

## APPENDIX

*Constitution Act, 1982*

### PART V

#### PROCEDURE FOR AMENDING CONSTITUTION OF CANADA

38. (1) [General procedure for amending Constitution of Canada] An amendment to the Constitution of Canada may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada where so authorized by

(a) resolutions of the Senate and House of Commons; and

(b) resolutions of the legislative assemblies of at least two-thirds of the provinces that have, in the aggregate, according to the then latest general census, at least fifty per cent of the population of all the provinces.

(2) [Majority of members] An amendment made under subsection (1) that derogates from the legislative powers, the proprietary rights or any other rights or privileges of the legislature or government of a province shall require a resolution supported by a majority of the members of each of the Senate, the House of Commons and the legislative assemblies required under subsection (1).

## ANNEXE

*Loi constitutionnelle de 1982*

### PARTIE V

#### PROCÉDURE DE MODIFICATION DE LA CONSTITUTION DU CANADA

38. (1) [Procédure normale de modification] La Constitution du Canada peut être modifiée par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée à la fois :

a) par des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes;

b) par des résolutions des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces.

(2) [Majorité simple] Une modification faite conformément au paragraphe (1) mais dérogoire à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un gouvernement provincial exige une résolution adoptée à la majorité des sénateurs, des députés fédéraux et des députés de chacune des assemblées législatives du nombre requis de provinces.

(3) [Expression of dissent] An amendment referred to in subsection (2) shall not have effect in a province the legislative assembly of which has expressed its dissent thereto by resolution supported by a majority of its members prior to the issue of the proclamation to which the amendment relates unless that legislative assembly, subsequently, by resolution supported by a majority of its members, revokes its dissent and authorizes the amendment.

(4) [Revocation of dissent] A resolution of dissent made for the purposes of subsection (3) may be revoked at any time before or after the issue of the proclamation to which it relates.

**39.** (1) [Restriction on proclamation] A proclamation shall not be issued under subsection 38(1) before the expiration of one year from the adoption of the resolution initiating the amendment procedure thereunder, unless the legislative assembly of each province has previously adopted a resolution of assent or dissent.

(2) [Idem] A proclamation shall not be issued under subsection 38(1) after the expiration of three years from the adoption of the resolution initiating the amendment procedure thereunder.

**40.** [Compensation] Where an amendment is made under subsection 38(1) that transfers provincial legislative powers relating to education or other cultural matters from provincial legislatures to Parliament, Canada shall provide reasonable compensation to any province to which the amendment does not apply.

**41.** [Amendment by unanimous consent] An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province:

(a) the office of the Queen, the Governor General and the Lieutenant Governor of a province;

(b) the right of a province to a number of members in the House of Commons not less than the number of Senators by which the province is entitled to be represented at the time this Part comes into force;

(c) subject to section 43, the use of the English or the French language;

(3) [Désaccord] La modification visée au paragraphe (2) est sans effet dans une province dont l'assemblée législative a, avant la prise de la proclamation, exprimé son désaccord par une résolution adoptée à la majorité des députés, sauf si cette assemblée, par résolution également adoptée à la majorité, revient sur son désaccord et autorise la modification.

(4) [Levée du désaccord] La résolution de désaccord visée au paragraphe (3) peut être révoquée à tout moment, indépendamment de la date de la proclamation à laquelle elle se rapporte.

**39.** (1) [Restriction] La proclamation visée au paragraphe 38(1) ne peut être prise dans l'année suivant l'adoption de la résolution à l'origine de la procédure de modification que si l'assemblée législative de chaque province a préalablement adopté une résolution d'agrément ou de désaccord.

(2) [Idem] La proclamation visée au paragraphe 38(1) ne peut être prise que dans les trois ans suivant l'adoption de la résolution à l'origine de la procédure de modification.

**40.** [Compensation] Le Canada fournit une juste compensation aux provinces auxquelles ne s'applique pas une modification faite conformément au paragraphe 38(1) et relative, en matière d'éducation ou dans d'autres domaines culturels, à un transfert de compétences législatives provinciales au Parlement.

**41.** [Consentement unanime] Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province :

a) la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur;

b) le droit d'une province d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle est habilitée à être représentée lors de l'entrée en vigueur de la présente partie;

c) sous réserve de l'article 43, l'usage du français ou de l'anglais;



(d) the composition of the Supreme Court of Canada;  
and

(e) an amendment to this Part.

**42.** (1) [Amendment by general procedure] An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made only in accordance with subsection 38(1):

(a) the principle of proportionate representation of the provinces in the House of Commons prescribed by the Constitution of Canada;

(b) the powers of the Senate and the method of selecting Senators;

(c) the number of members by which a province is entitled to be represented in the Senate and the residence qualifications of Senators;

(d) subject to paragraph 41(d), the Supreme Court of Canada;

(e) the extension of existing provinces into the territories; and

(f) notwithstanding any other law or practice, the establishment of new provinces.

(2) [Exception] Subsections 38(2) to (4) do not apply in respect of amendments in relation to matters referred to in subsection (1).

**43.** [Amendment of provisions relating to some but not all provinces] An amendment to the Constitution of Canada in relation to any provision that applies to one or more, but not all, provinces, including

(a) any alteration to boundaries between provinces,  
and

(b) any amendment to any provision that relates to the use of the English or the French language within a province,

may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where so authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province to which the amendment applies.

d) la composition de la Cour suprême du Canada;

e) la modification de la présente partie.

**42.** (1) [Procédure normale de modification] Toute modification de la Constitution du Canada portant sur les questions suivantes se fait conformément au paragraphe 38(1) :

a) le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes prévu par la Constitution du Canada;

b) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs;

c) le nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir;

d) sous réserve de l'alinéa 41d), la Cour suprême du Canada;

e) le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires;

f) par dérogation à toute autre loi ou usage, la création de provinces.

(2) [Exception] Les paragraphes 38(2) à (4) ne s'appliquent pas aux questions mentionnées au paragraphe (1).

**43.** [Modification à l'égard de certaines provinces] Les dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement ne peuvent être modifiées que par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province concernée. Le présent article s'applique notamment :

a) aux changements du tracé des frontières interprovinciales;

b) aux modifications des dispositions relatives à l'usage du français ou de l'anglais dans une province.

**44.** [Amendments by Parliament] Subject to sections 41 and 42, Parliament may exclusively make laws amending the Constitution of Canada in relation to the executive government of Canada or the Senate and House of Commons.

**45.** [Amendments by provincial legislatures] Subject to section 41, the legislature of each province may exclusively make laws amending the constitution of the province.

**46.** (1) [Initiation of amendment procedures] The procedures for amendment under sections 38, 41, 42 and 43 may be initiated either by the Senate or the House of Commons or by the legislative assembly of a province.

(2) [Revocation of authorization] A resolution of assent made for the purposes of this Part may be revoked at any time before the issue of a proclamation authorized by it.

**47.** (1) [Amendments without Senate resolution] An amendment to the Constitution of Canada made by proclamation under section 38, 41, 42 or 43 may be made without a resolution of the Senate authorizing the issue of the proclamation if, within one hundred and eighty days after the adoption by the House of Commons of a resolution authorizing its issue, the Senate has not adopted such a resolution and if, at any time after the expiration of that period, the House of Commons again adopts the resolution.

(2) [Computation of period] Any period when Parliament is prorogued or dissolved shall not be counted in computing the one hundred and eighty day period referred to in subsection (1).

**48.** [Advice to issue proclamation] The Queen's Privy Council for Canada shall advise the Governor General to issue a proclamation under this Part forthwith on the adoption of the resolutions required for an amendment made by proclamation under this Part.

**49.** [Constitutional conference] A constitutional conference composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces shall be convened by the Prime Minister of Canada within fifteen years after this Part comes into force to review the provisions of this Part.

*Judgment accordingly.*

**44.** [Modification par le Parlement] Sous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes.

**45.** [Modification par les législatures] Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province.

**46.** (1) [Initiative des procédures] L'initiative des procédures de modification visées aux articles 38, 41, 42 et 43 appartient au Sénat, à la Chambre des communes ou à une assemblée législative.

(2) [Possibilité de révocation] Une résolution d'agrément adoptée dans le cadre de la présente partie peut être révoquée à tout moment avant la date de la proclamation qu'elle autorise.

**47.** (1) [Modification sans résolution du Sénat] Dans les cas visés à l'article 38, 41, 42 ou 43, il peut être passé outre au défaut d'autorisation du Sénat si celui-ci n'a pas adopté de résolution dans un délai de cent quatre-vingts jours suivant l'adoption de celle de la Chambre des communes et si cette dernière, après l'expiration du délai, adopte une nouvelle résolution dans le même sens.

(2) [Computation du délai] Dans la computation du délai visé au paragraphe (1), ne sont pas comptées les périodes pendant lesquelles le Parlement est prorogé ou dissous.

**48.** [Demande de proclamation] Le Conseil privé de la Reine pour le Canada demande au gouverneur général de prendre, conformément à la présente partie, une proclamation dès l'adoption des résolutions prévues par cette partie pour une modification par proclamation.

**49.** [Conférence constitutionnelle] Dans les quinze ans suivant l'entrée en vigueur de la présente partie, le premier ministre du Canada convoque une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même, en vue du réexamen des dispositions de cette partie.

*Jugement en conséquence.*

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

*Procureur du procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.*

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

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

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

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

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

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

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

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Stewart McKelvey, Charlottetown.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard : Stewart McKelvey, Charlottetown.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'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 de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories: Attorney General of the Northwest Territories, Yellowknife.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest : Procureur général des Territoires du Nord-Ouest, Yellowknife.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nunavut: Attorney General of Nunavut, Iqaluit.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nunavut : Procureur général du Nunavut, Iqaluit.*

*The Honourable Serge Joyal, P.C., on his own behalf.*

*Solicitors for the intervener the Honourable Anne C. Cools: Stikeman Elliott, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada: University of Ottawa, Ottawa; Power Law, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick Inc.: Université de Moncton, Moncton.*

*Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: McGill University, Montréal; Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

*L'honorable Serge Joyal, c.p., pour son propre compte.*

*Procureurs de l'intervenante l'honorable Anne C. Cools : Stikeman Elliott, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada : Université d'Ottawa, Ottawa; Juristes Power, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenante la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick Inc. : Université de Moncton, Moncton.*

*Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Université McGill, Montréal; Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

**Marilyne Dionne** *Appellant*

v.

**Commission scolaire  
des Patriotes and Commission des  
lésions professionnelles** *Respondents*

and

**Commission de la santé et de la sécurité  
du travail and Fédération des syndicats  
de l'enseignement** *Interveniers*

**INDEXED AS: DIONNE v. COMMISSION SCOLAIRE  
DES PATRIOTES**

**2014 SCC 33**

File No.: 34854.

2014: January 13; 2014: May 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Employment law — Occupational health and safety — Unsafe workplace — Contract of employment — Whether pregnant supply teacher qualifies as eligible “worker” for Preventive Withdrawal and earnings-replacement indemnity under applicable provincial legislation — Whether refusal to perform work in unsafe workplace precludes formation of contract of employment — Act respecting occupational health and safety, CQLR, c. S-2.1, ss. 1 “worker”, 2, 4, 11, 12, 14, 30, 40, 41 — Civil Code of Québec, art. 2085.*

Quebec’s Act respecting occupational health and safety is designed to provide financial security when workers are required to withdraw temporarily from the workforce to avoid unsafe work. It sets out specific health and safety protections for pregnant women whereby they can refuse to perform work under conditions that present a health or safety danger to themselves or their fetus, and to have a reassignment of work to avoid those risks. If that reassignment is not possible, they have the right to take Preventive Withdrawal during which they stop

**Marilyne Dionne** *Appelante*

c.

**Commission scolaire  
des Patriotes et Commission des  
lésions professionnelles** *Intimées*

et

**Commission de la santé et de la sécurité du  
travail et Fédération des syndicats  
de l'enseignement** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : DIONNE c. COMMISSION SCOLAIRE  
DES PATRIOTES**

**2014 CSC 33**

N° du greffe : 34854.

2014 : 13 janvier; 2014 : 1<sup>er</sup> mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Droit de l’emploi — Santé et sécurité du travail — Lieu de travail dangereux — Contrat de travail — Une enseignante suppléante enceinte est-elle un « travailleur » admissible au programme de retrait préventif et à l’indemnité de remplacement du revenu en vertu de la législation provinciale applicable? — Le refus d’effectuer des tâches dans un lieu de travail dangereux empêche-t-il la formation d’un contrat de travail? — Loi sur la santé et la sécurité du travail, RLRQ, ch. S-2.1, art. 1 « travailleur », 2, 4, 11, 12, 14, 30, 40, 41 — Code civil du Québec, art. 2085.*

La Loi sur la santé et la sécurité du travail du Québec crée un régime conçu pour assurer la sécurité financière des travailleurs qui doivent se retirer temporairement de l’effectif pour éviter un travail dangereux. Elle énonce des mesures de protection particulières en matière de santé et de sécurité qui permettent aux femmes enceintes de refuser d’effectuer des tâches dans des conditions qui mettraient en danger leur santé ou leur sécurité ou celles de leur enfant à naître, et d’être affectées à d’autres tâches pour éviter ces risques. Si cette réaffectation est

working and receive income replacement benefits during their pregnancy.

D, a pregnant supply teacher, learned from her doctor that she was vulnerable to contagious viruses which can harm the fetus. Because these viruses can be spread by groups of children, a classroom posed a risk. The School Board offered her a one-day teaching position, which she accepted. Due to the health risk in the workplace, the Commission de la santé et de la sécurité du travail told D that she was entitled to reassignment or Preventive Withdrawal. The School Board appealed to the Commission des lésions professionnelles (“CLP”), which concluded that D was ineligible for Preventive Withdrawal because of her inability to go into the classroom. D was therefore outside the scope of the protection provided by the *Act*. On judicial review, the Superior Court found the CLP decision to be reasonable. A majority in the Quebec Court of Appeal agreed with the Superior Court.

*Held:* The appeal should be allowed.

The purpose of the *Act respecting occupational health and safety* is to ensure the health and safety of workers by protecting them from workplace dangers. Under the statutory scheme, when a worker relies on the right to refuse unsafe work, any new assignments or temporary withdrawal from the workplace are not seen as an absence from work, they are deemed to be a substitute for the work that the employee would ordinarily be expected to perform but for the danger. A refusal to perform unsafe work is not a refusal to fulfill the employment contract, it is the exercise of a legislated right. Workers are thereby protected from having to choose between job security and their health or safety.

Like any other worker entitled to refuse to do unsafe work, a pregnant worker is deemed by the *Act* to still be “at work” while on reassignment or Preventive Withdrawal. The *Act* therefore protects pregnant women in two significant ways: it protects their health by substituting safe tasks for dangerous ones, and it protects their employment by providing financial and job security. To confront the discriminatory assumptions which had historically attributed incapacity to work to women who were pregnant, the scheme protects not only their right to work, but to work in a safe environment by deeming them to be as available to work as a non-pregnant worker.

impossible, elles ont droit à un retrait préventif au cours duquel elles cessent de travailler et reçoivent des indemnités de remplacement du revenu pendant leur grossesse.

D, une enseignante suppléante enceinte, a appris de son médecin qu'elle était vulnérable à des virus contagieux qui peuvent causer du tort au fœtus. Parce que ces virus peuvent se propager par des groupes d'enfants, la salle de classe posait un risque. La commission scolaire lui a présenté une offre de suppléance pour la journée, ce qu'elle a accepté. En raison du risque pour la santé que posait le lieu de travail, la Commission de la santé et de la sécurité du travail a informé D qu'elle avait droit à une réaffectation ou à un retrait préventif. La commission scolaire a interjeté appel à la Commission des lésions professionnelles (« CLP »), qui a conclu que D n'était pas admissible au retrait préventif parce qu'elle ne pouvait entrer dans la salle de classe. D échappait en conséquence à l'application de la protection de la *Loi*. À l'issue d'une révision judiciaire, la Cour supérieure a conclu que la décision de la CLP était raisonnable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont confirmé la décision de la Cour supérieure.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

La *Loi sur la santé et la sécurité du travail* a pour objet d'assurer la santé et la sécurité des travailleurs en les protégeant contre les dangers sur le lieu de travail. En vertu du régime législatif, lorsqu'un travailleur invoque le droit de refuser d'exécuter un travail dangereux, une nouvelle affectation ou un retrait temporaire du lieu de travail ne sont pas considérés comme une absence du travail mais sont réputés remplacer le travail normalement attendu de l'employé n'eût été le danger. Un refus d'exécuter un travail dangereux n'est pas un refus d'exécuter le contrat de travail; c'est plutôt l'exercice d'un droit prévu par la loi. Les travailleurs sont ainsi assurés de ne pas avoir à choisir entre la sécurité d'emploi et leur santé ou sécurité.

À l'instar de tout autre travailleur qui a le droit de refuser d'exécuter un travail dangereux, une travailleuse enceinte est réputée, suivant la *Loi*, être encore « au travail » pendant sa réaffectation ou son retrait préventif. La *Loi* protège donc les femmes enceintes de deux façons importantes : elle protège leur santé en remplaçant des tâches dangereuses par des tâches sécuritaires, et elle protège leur emploi en leur assurant la sécurité financière et la sécurité d'emploi. Pour contrer les hypothèses discriminatoires qui avaient attribué aux femmes enceintes une incapacité de travailler, le régime protège non seulement leur droit de travailler, mais aussi leur droit de travailler dans un milieu sécuritaire, en présument qu'elles sont disponibles pour travailler tout autant que le sont les travailleuses non enceintes.

A contract was formed when D accepted the School Board's offer to supply teach and therefore became a "worker" in accordance with the definition in the *Act*. The legislated right of a pregnant worker to withdraw from an unsafe workplace cannot be used to conclude that her Preventive Withdrawal negates the formation of the contract of employment. D's pregnancy was not an incapacity that prevented her from performing the work, it was the dangerous workplace that prevented it. That triggered her statutory right to reassignment or Preventive Withdrawal. What prevents the performance of work is the employer's inability to provide a safe working alternative, not the pregnancy. To conclude otherwise negates the objectives of the *Act* and penalizes pregnant women for doing precisely what the legislative scheme mandates: avoiding workplace health risks during pregnancy.

#### Cases Cited

**Applied:** *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; **referred to:** *Commission des écoles catholiques de Québec v. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883; *AT & T Corp. v. Hulteen*, 129 S. Ct. 1962 (2009); *Cabiakman v. Industrial Alliance Life Insurance Co.*, 2004 SCC 55, [2004] 3 S.C.R. 195; *Westmount (City) v. Rossy*, 2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, CQLR, c. A-3.001, ss. 60, 63 to 76.  
*Act respecting occupational health and safety*, CQLR, c. S-2.1, ss. 1 "worker", 2, 4, 11, 12, 14, 30, 36, 40, 41, 43, 45.  
*Civil Code of Québec*, preliminary provision, arts. 1385, 2085.  
*Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, s. 41.  
*Regulation respecting the certificate issued for the preventive withdrawal and re-assignment of a pregnant or breast-feeding worker*, CQLR, c. S-2.1, r. 3.

#### Authors Cited

Cliche, Bernard, Serge Lafontaine et Richard Mailhot. *Traité de droit de la santé et de la sécurité au travail : Le régime juridique de la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.  
 Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1991.

Un contrat a été formé lorsque D a accepté l'offre de suppléance de la commission scolaire et elle est donc devenue un « travailleur » conformément à la définition prévue à la *Loi*. Le droit que la loi confère à une travailleuse enceinte de se retirer d'un lieu de travail dangereux ne permet pas de conclure que son retrait préventif fait obstacle à la formation du contrat de travail. La grossesse de D n'était pas une incapacité qui l'empêchait d'exécuter son travail; c'était plutôt le lieu de travail dangereux qui l'en empêchait. C'est ce qui a rendu applicable son droit légal à la réaffectation ou au retrait préventif. Ce n'est pas la grossesse qui empêche la prestation de travail mais l'incapacité de l'employeur de fournir un travail de substitution sans danger. Toute autre conclusion fait échec aux objectifs de la *Loi* et pénalise les femmes enceintes qui font précisément ce que prescrit le régime législatif, c'est-à-dire éviter les risques pour la santé au lieu de travail pendant la grossesse.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; **arrêts mentionnés :** *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883; *AT & T Corp. c. Hulteen*, 129 S. Ct. 1962 (2009); *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, 2004 CSC 55, [2004] 3 R.C.S. 195; *Westmount (Ville) c. Rossy*, 2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136.

#### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, disposition préliminaire, art. 1385, 2085.  
*Loi d'interprétation*, RLRQ, ch. I-16, art. 41.  
*Loi sur la santé et la sécurité du travail*, RLRQ, ch. S-2.1, art. 1 « travailleur », 2, 4, 11, 12, 14, 30, 36, 40, 41, 43, 45.  
*Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, ch. A-3.001, art. 60, 63 à 76.  
*Règlement sur le certificat délivré pour le retrait préventif et l'affectation de la travailleuse enceinte ou qui allaite*, RLRQ, ch. S-2.1, r. 3.

#### Doctrine et autres documents cités

Cliche, Bernard, Serge Lafontaine et Richard Mailhot. *Traité de droit de la santé et de la sécurité au travail : Le régime juridique de la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993.  
 Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1991.

- Lafontaine, Serge. “Le retrait préventif de la travailleuse enceinte ou qui allaite : qui décide quoi?”, dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (1991)*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991, 133.
- Lippel, Katherine. “Preventive Reassignment of Pregnant or Breast-Feeding Workers: The Québec Model” (1998), 8 *New Solutions* 267.
- Messing, Karen, et al. “Equality and Difference in the Workplace: Physical Job Demands, Occupational Illnesses, and Sex Differences” (2000), 12 *NWSA Journal* 21.
- Morin, Fernand, et autres. *Le droit de l’emploi au Québec*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.
- Plante, Robert, and Romaine Malenfant. “Reproductive Health and Work: Different Experiences” (1998), 40 *JOEM* 964.
- Quebec. Ministre d’État au développement social. *Santé et sécurité au travail: Politique québécoise de la santé et de la sécurité des travailleurs*. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1978.
- Trudeau, Gilles. “Aspects constitutionnels du travail salarié”, dans Katherine Lippel et Guylaine Vallée, dir., *Rapports individuels et collectifs du travail*. Montréal: LexisNexis, 2009, 1/1 (feuilles mobiles mises à jour mars 2013, envoi n° 6).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dalphond, Giroux and Wagner J.J.A.), 2012 QCCA 609, SOQUIJ AZ-50844625, [2012] J.Q. n° 2984 (QL), 2012 CarswellQue 3214, affirming a decision of Crête J., 2010 QCCS 1550, [2010] C.L.P. 251, SOQUIJ AZ-50628222, [2010] J.Q. n° 3332 (QL), 2010 CarswellQue 3470, dismissing an application for judicial review of a decision of the Commission des lésions professionnelles, 2008 QCCLP 3215, SOQUIJ AZ-50496029, 2008 LNQCCLP 141 (QL). Appeal allowed.

*Denis Lavoie, Graciela Barrère, Pierre Brun and Isabelle Bolla*, for the appellant.

*Yann Bernard, Paule Veilleux and René Paquette*, for the respondent Commission scolaire des Patriotes.

*Marie-France Bernier*, for the respondent Commission des lésions professionnelles.

- Lafontaine, Serge. « Le retrait préventif de la travailleuse enceinte ou qui allaite : qui décide quoi? », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (1991)*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1991, 133.
- Lippel, Katherine. « Preventive Reassignment of Pregnant or Breast-Feeding Workers : The Québec Model » (1998), 8 *New Solutions* 267.
- Messing, Karen, et al. « Equality and Difference in the Workplace : Physical Job Demands, Occupational Illnesses, and Sex Differences » (2000), 12 *NWSA Journal* 21.
- Morin, Fernand, et autres. *Le droit de l’emploi au Québec*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2010.
- Plante, Robert, and Romaine Malenfant. « Reproductive Health and Work : Different Experiences » (1998), 40 *JOEM* 964.
- Québec. Ministre d’État au développement social. *Santé et sécurité au travail : Politique québécoise de la santé et de la sécurité des travailleurs*. Québec : Éditeur officiel du Québec, 1978.
- Trudeau, Gilles. « Aspects constitutionnels du travail salarié », dans Katherine Lippel et Guylaine Vallée, dir., *Rapports individuels et collectifs du travail*. Montréal : LexisNexis, 2009, 1/1 (feuilles mobiles mises à jour mars 2013, envoi n° 6).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Dalphond, Giroux et Wagner), 2012 QCCA 609, SOQUIJ AZ-50844625, [2012] J.Q. n° 2984 (QL), 2012 CarswellQue 3214, qui a confirmé une décision du juge Crête, 2010 QCCS 1550, [2010] C.L.P. 251, SOQUIJ AZ-50628222, [2010] J.Q. n° 3332 (QL), 2010 CarswellQue 3470, qui avait rejeté une requête en révision judiciaire d’une décision de la Commission des lésions professionnelles, 2008 QCCLP 3215, SOQUIJ AZ-50496029, 2008 LNQCCLP 141 (QL). Pourvoi accueilli.

*Denis Lavoie, Graciela Barrère, Pierre Brun et Isabelle Bolla*, pour l’appelante.

*Yann Bernard, Paule Veilleux et René Paquette*, pour l’intimée la Commission scolaire des Patriotes.

*Marie-France Bernier*, pour l’intimée la Commission des lésions professionnelles.



*Pierre-Michel Lajeunesse and Marie-Anne Lecavalier*, for the intervener Commission de la santé et de la sécurité du travail.

*Claudine Morin and Nathalie Léger*, for the intervener Fédération des syndicats de l'enseignement.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — Quebec's occupational health and safety legislation, together with legislation dealing with industrial accidents and illnesses, creates a scheme designed to provide financial security when workers are required to withdraw temporarily from the workforce to avoid unsafe work. This appeal involves a pregnant supply teacher whose withdrawal from an unsafe workplace because of risks to herself and her fetus resulted in a tribunal finding that she was thereby disentitled to the statutory income replacement benefits. In my view, this finding negates the objectives of the scheme and penalizes pregnant women for doing precisely what the legislative scheme mandates: avoiding workplace health risks during pregnancy.

### Background

[2] *An Act respecting occupational health and safety*, CQLR, c. S-2.1, sets out specific health and safety protections for pregnant women whereby they can refuse to perform work under conditions that present a health or safety danger to themselves or their fetus, and to have a reassignment of work to avoid those risks. If that reassignment is not possible, they have the right to stop working and receive income replacement benefits during the pregnancy. These rights are set out in ss. 40 and 41 of the *Act*:

**40.** A pregnant worker who furnishes to her employer a certificate attesting that her working conditions may be physically dangerous to her unborn child, or to herself by

*Pierre-Michel Lajeunesse et Marie-Anne Lecavalier*, pour l'intervenante la Commission de la santé et de la sécurité du travail.

*Claudine Morin et Nathalie Léger*, pour l'intervenante la Fédération des syndicats de l'enseignement.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La législation québécoise sur la santé et la sécurité du travail, de pair avec la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, crée un régime conçu pour assurer la sécurité financière des travailleurs qui doivent se retirer temporairement de l'effectif pour éviter un travail dangereux. Le présent pourvoi concerne une enseignante suppléante enceinte qui s'est retirée d'un lieu de travail dangereux en raison des risques pour elle et son enfant à naître, ce qui a amené un tribunal administratif à conclure qu'elle n'avait pas droit, pour cette raison, aux indemnités de remplacement du revenu prévues par la loi. À mon avis, cette conclusion fait échec aux objectifs du régime et pénalise les femmes enceintes qui font précisément ce que prescrit le régime législatif, c'est-à-dire éviter les risques pour la santé au lieu de travail pendant la grossesse.

### Contexte

[2] La *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, RLRQ, ch. S-2.1, énonce des mesures de protection particulières en matière de santé et de sécurité qui permettent aux femmes enceintes de refuser d'effectuer des tâches dans des conditions qui mettraient en danger leur santé ou leur sécurité ou celles de leur enfant à naître, et d'être affectées à d'autres tâches pour éviter ces risques. Si la réaffectation est impossible, elles ont le droit de cesser de travailler et de recevoir des indemnités de remplacement du revenu pendant leur grossesse. Ces droits sont énoncés aux art. 40 et 41 de la *Loi* :

**40.** Une travailleuse enceinte qui fournit à l'employeur un certificat attestant que les conditions de son travail comportent des dangers physiques pour l'enfant à naître

reason of her pregnancy, may request to be re-assigned to other duties involving no such danger that she is reasonably capable of performing.

**41.** If a requested re-assignment is not made immediately, the pregnant worker may stop working until she is re-assigned or until the date of delivery.

“Delivery” means the natural or the lawfully, medically induced end of a pregnancy by childbirth, whether or not the child is viable.

[3] In order to qualify for reassignment, the pregnant worker must present her employer with a Preventive Withdrawal and Reassignment Certificate completed by a doctor confirming the workplace danger.

[4] The form and required content of the Certificate are set out in the *Regulation respecting the certificate issued for the preventive withdrawal and re-assignment of a pregnant or breast-feeding worker*, CQLR, c. S-2.1, r. 3. In the Certificate, the worker must identify her perceived workplace risks and a physician must confirm which work conditions carry dangers to the worker or her fetus, and whether she is otherwise medically capable of working.

[5] Notably, a Certificate automatically constitutes an application for reassignment to a risk-free task (Bernard Cliche, Serge Lafontaine and Richard Mailhot, *Traité de droit de la santé et de la sécurité au travail* (1993), at pp. 243-44). If the employer cannot or does not reassign the pregnant worker, she can withdraw from work until she can either be reassigned or has given birth.<sup>1</sup> A worker on Preventive Withdrawal is entitled to full remuneration for her first five working days after stopping work<sup>2</sup> and thereafter receives 90 percent of her net salary for the days that she would normally have

ou, à cause de son état de grossesse, pour elle-même, peut demander d’être affectée à des tâches ne comportant pas de tels dangers et qu’elle est raisonnablement en mesure d’accomplir.

**41.** Si l’affectation demandée n’est pas effectuée immédiatement, la travailleuse peut cesser de travailler jusqu’à ce que l’affectation soit faite ou jusqu’à la date de son accouchement.

On entend par « accouchement », la fin d’une grossesse par la mise au monde d’un enfant viable ou non, naturellement ou par provocation médicale légale.

[3] Pour avoir droit à une réaffectation, la travailleuse enceinte doit présenter à son employeur un « certificat visant le retrait préventif et l’affectation de la travailleuse enceinte ou qui allaite » établi par un médecin qui confirme le danger du lieu de travail.

[4] Le *Règlement sur le certificat délivré pour le retrait préventif et l’affectation de la travailleuse enceinte ou qui allaite*, RLRQ, ch. S-2.1, r. 3, prescrit la forme et la teneur du certificat. La travailleuse doit identifier dans le certificat les risques qu’elle appréhende à son lieu de travail. Un médecin doit confirmer les conditions de travail qui comportent des dangers pour la travailleuse ou pour son enfant à naître et doit indiquer si elle est par ailleurs apte médicalement à faire un travail.

[5] Soulignons notamment qu’un certificat constitue automatiquement une demande d’affectation à une tâche sans risque (Bernard Cliche, Serge Lafontaine et Richard Mailhot, *Traité de droit de la santé et de la sécurité au travail* (1993), p. 243-244). Si l’employeur ne peut affecter la travailleuse enceinte ou s’il ne le fait pas, elle peut cesser de travailler jusqu’à ce que l’affectation soit faite ou jusqu’à la date de son accouchement<sup>1</sup>. Une travailleuse en retrait préventif a droit à sa pleine rémunération pendant les cinq premiers jours ouvrables de cessation de travail<sup>2</sup> et elle reçoit par la suite

1 *Act respecting occupational health and safety*, s. 41.

2 *Act respecting occupational health and safety*, s. 36.

1 *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, art. 41.

2 *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, art. 36.

worked but for the health or safety risk.<sup>3</sup> These benefits are paid out of a fund into which all Quebec employers contribute,<sup>4</sup> and are calculated based on income earned by the worker during the year before her pregnancy.<sup>5</sup> During her Preventive Withdrawal, she retains all the benefits connected with her regular employment.<sup>6</sup>

[6] Marilyne Dionne earned a bachelor's degree in preschool and elementary education in December 2005. In early 2006, she was added to the Commission scolaire des Patriotes ("School Board") list of about 500 supply teachers. The list is maintained pursuant to a collective agreement, which requires the School Board to maintain a list which may be used when replacement teachers are needed. Another collective agreement sets out the salaries and benefits payable to supply teachers called from the list. Replacements are called by a call centre. Rather than wait for a call, supply teachers occasionally call the centre directly to see if any work is available. The collective agreement does not oblige the School Board to call any particular teacher from the list, leaving the choice of teacher up to the Board.

[7] Once on the list, Ms. Dionne worked frequently. She supply taught 88.15 of the 200 school days in the 2005-2006 school year, working nearly full-time in 2006.

[8] Ms. Dionne learned she was pregnant on September 24, 2006. She contacted the call centre the following day to inform them that she was pregnant and that she was awaiting test results from her doctor in order to determine if she was immunized against certain infectious diseases.

90 pour 100 de son salaire net pour les jours où elle aurait normalement travaillé, n'eût été le risque pour la santé ou la sécurité<sup>3</sup>. Ces prestations sont payées à même un fonds auquel tous les employeurs québécois contribuent<sup>4</sup> et sont calculées en fonction du revenu gagné par la travailleuse pendant l'année précédant la grossesse<sup>5</sup>. Pendant son retrait préventif, elle conserve tous les avantages liés à l'emploi qu'elle occupait<sup>6</sup>.

[6] Marilyne Dionne a obtenu un baccalauréat en enseignement préscolaire et primaire en décembre 2005. Au début de 2006, elle a été inscrite sur la liste des quelque 500 enseignants et enseignantes suppléants de la Commission scolaire des Patriotes (« commission scolaire »). Une convention collective oblige la commission scolaire à tenir cette liste et à l'utiliser en cas de besoin d'enseignants suppléants. Une autre convention collective prévoit les salaires et autres avantages payables aux enseignants suppléants appelés de la liste. Les suppléants sont appelés d'un centre d'appel. Plutôt que d'attendre qu'on les appelle, il arrive à l'occasion que les suppléants appellent directement le centre d'appel pour voir s'il y a du travail disponible. La convention collective n'oblige pas la commission scolaire à appeler un enseignant en particulier de la liste, laissant le choix de l'enseignant à la commission scolaire.

[7] Une fois inscrite sur la liste, M<sup>me</sup> Dionne a travaillé fréquemment. Elle a fait 88,15 jours de suppléance sur 200 jours d'école au cours de l'année scolaire 2005-2006, travaillant presque à temps plein en 2006.

[8] Le 24 septembre 2006, M<sup>me</sup> Dionne a appris qu'elle était enceinte. Le lendemain, elle a communiqué avec le centre d'appel pour informer les préposés de son état et leur dire qu'elle attendait les résultats de sa consultation médicale pour déterminer si elle était immunisée contre certaines maladies contagieuses.

3 *An Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, CQLR, c. A-3.001, s. 60.

4 *Act respecting occupational health and safety*, s. 45.

5 *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, ss. 63 to 76.

6 *Act respecting occupational health and safety*, s. 43.

3 *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, ch. A-3.001, art. 60.

4 *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, art. 45.

5 *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, art. 63 à 76.

6 *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, art. 43.

[9] On October 5, 2006, Ms. Dionne learned from her doctor that she was vulnerable to Parvovirus B-19, a contagious virus which can harm the fetus. Because this virus can be spread by groups of children, a classroom posed a risk. Her doctor completed a Preventive Withdrawal and Reassignment Certificate confirming that her workplace presented a health risk. Shortly afterwards, her doctor completed a second Certificate confirming that the workplace also put her at risk for exposure to rubella.

[10] Ms. Dionne gave the Certificates to the Commission de la santé et de la sécurité du travail. On November 3, 2006, she was informed that if she received a contract, she was eligible for Preventive Withdrawal as part of the “For a Safe Maternity Experience” program. The Commission’s letter stated, in part:

[TRANSLATION] We inform you that you are eligible for the “For a Safe Maternity Experience” program.

However, given that you are a contract worker, and in the event your employer is unable to respect the risks identified in the CLSC report, your preventive withdrawal will begin the day when you are called to work by your employer to perform a contract. Your employer must provide us with the date, time and place.

Ms. Dionne kept the School Board informed of her medical situation and submitted copies of the Certificates to them.

[11] The call centre offered her a one-day teaching position on November 13, 2006, which she accepted. In total, Ms. Dionne received 10 offers to supply teach from the call centre between November 13 and 30, 2006, all of which she accepted. She was never reassigned.

[12] On November 27, 2006, the Commission told Ms. Dionne that because a contract was formed on November 13, she was entitled to take Preventive Withdrawal and receive an income indemnity during her pregnancy so long as she remained eligible

[9] Le 5 octobre 2006, M<sup>me</sup> Dionne a appris de son médecin qu’elle était vulnérable au Parvovirus B-19, un virus contagieux qui peut causer du tort au fœtus. Parce que ce virus peut se propager par des groupes d’enfants, la salle de classe posait un risque. Son médecin a rempli un certificat visant le retrait préventif et la réaffectation, confirmant que son lieu de travail présentait un risque pour la santé. Peu de temps après, son médecin a rempli un deuxième certificat confirmant que le lieu de travail la mettait également à risque par exposition à la rubéole.

[10] Madame Dionne a remis les certificats à la Commission de la santé et de la sécurité du travail (« CSST »). Le 3 novembre 2006, elle a été informée que si elle obtenait un contrat, elle était admissible au retrait préventif dans le cadre du programme « Pour une maternité sans danger ». La lettre de la CSST indiquait notamment ce qui suit :

Nous vous informons que vous êtes admissible au programme « Pour une maternité sans danger ».

Cependant, étant donné que vous êtes une travailleuse contractuelle, et dans l’alternative où votre employeur est dans l’impossibilité de respecter les dangers émis dans le rapport de CLSC, votre retrait préventif débutera le jour où vous serez appelée au travail par votre employeur pour effectuer un contrat. Votre employeur devra nous communiquer cette date en temps et lieu.

Madame Dionne a tenu la commission scolaire informée de sa situation médicale et lui a remis une copie des certificats.

[11] Le 13 novembre 2006, le centre d’appel lui a présenté une offre de suppléance pour la journée, offre qu’elle a acceptée. Au total, M<sup>me</sup> Dionne a reçu 10 offres de suppléance du centre d’appel entre le 13 et le 30 novembre 2006, offres qu’elle a toutes acceptées. Elle n’a jamais été affectée à d’autres tâches.

[12] Le 27 novembre 2006, la CSST a informé M<sup>me</sup> Dionne que parce qu’un contrat avait été conclu le 13 novembre, elle avait droit de se prévaloir d’un retrait préventif et de toucher une indemnité de revenu durant sa grossesse tant qu’elle restait

for the indemnity in accordance with the *Act*. The Commission's quantification of her indemnity was not at issue before this Court.

[13] The School Board asked the Commission to review this decision. On December 20, 2006, the Commission confirmed that Ms. Dionne's right to Preventive Withdrawal and an earnings-replacement indemnity was triggered on November 13, 2006 when she received and accepted the offer from the School Board.

[14] The School Board appealed to the Commission des lésions professionnelles ("CLP"). The CLP set aside the Commission's decision and concluded that Ms. Dionne was ineligible for Preventive Withdrawal. In its view, withdrawal was only available to "workers" as defined in the *Act*. Ms. Dionne's inability to go into the school due to health risks meant that she was incapable of performing the supply teaching work required by the School Board. This incapacity meant that no contract of employment had been formed. Without such a contract, Ms. Dionne was not a "worker" and was therefore outside the scope of the protection provided by ss. 40 and 41 of the *Act*.

[15] On judicial review, the Superior Court found the CLP decision to be reasonable. A majority in the Quebec Court of Appeal agreed with the Superior Court.

[16] The dissenting judge was of the view that the CLP's decision would result in the denial of benefits to thousands of supply teachers. In his view, Ms. Dionne was not incapable of working, she was simply refusing, in accordance with her statutory rights, to perform work in an unsafe workplace. I agree.

#### Analysis

[17] The purpose of the *Act respecting occupational health and safety* is to ensure the health and safety of workers by protecting them from workplace dangers. This purpose is delineated in s. 2:

admissible à l'indemnité conformément à la *Loi*. L'établissement de l'indemnité par la CSST n'est pas en cause devant la Cour.

[13] La commission scolaire a demandé à la CSST de revoir cette décision. Le 20 décembre 2006, la CSST a confirmé que le droit de M<sup>me</sup> Dionne à un retrait préventif et à une indemnité de remplacement du revenu était applicable depuis le 13 novembre 2006 lorsqu'elle avait reçu et accepté l'offre de la commission scolaire.

[14] La commission scolaire a interjeté appel à la Commission des lésions professionnelles (« CLP »), qui a annulé la décision de la CSST et a conclu que M<sup>me</sup> Dionne n'était pas admissible au retrait préventif. À son avis, le retrait préventif était réservé exclusivement aux « travailleurs » au sens de la *Loi*. Parce qu'elle ne pouvait entrer dans l'école en raison des risques pour sa santé, elle était incapable d'effectuer la tâche d'enseignante suppléante que demandait la commission scolaire. Du fait de cette incapacité, aucun contrat de travail n'avait été formé. Sans un tel contrat, M<sup>me</sup> Dionne n'était pas une « travailleuse » et elle échappait en conséquence à l'application de la protection prévue aux art. 40 et 41 de la *Loi*.

[15] À l'issue d'une révision judiciaire, la Cour supérieure a conclu que la décision de la CLP était raisonnable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont rejeté l'appel de la décision de la Cour supérieure.

[16] Le juge dissident s'est dit d'avis que la décision de la CLP aurait pour effet de priver de prestations des milliers d'enseignantes suppléantes. Selon lui, M<sup>me</sup> Dionne n'était pas incapable de travailler, elle ne faisait que refuser, conformément aux droits que lui confère la *Loi*, de travailler dans un lieu de travail dangereux. Je suis d'accord avec lui.

#### Analyse

[17] La *Loi sur la santé et la sécurité du travail* a pour objet d'assurer la santé et la sécurité des travailleurs en les protégeant contre les dangers sur le lieu de travail. Cet objet est énoncé à l'art. 2 :

2. The object of this Act is the elimination, at the source, of dangers to the health, safety and physical well-being of workers.

This Act provides mechanisms for the participation of workers, workers' associations, employers and employers' associations in the realization of its object.

[18] The protections set out in the *Act* reflect a long history of legislative measures in Quebec intended to address and improve workplace health and safety issues. These efforts culminated in the Quebec government's extensive consultation process in the late '70s to determine a general policy on occupational health and safety and to develop the necessary mechanisms to achieve health and safety goals (Fernand Morin et al., *Le droit de l'emploi au Québec* (4th ed. 2010), at p. 679; Robert P. Gagnon, Louis LeBel and Pierre Verge, *Droit du travail* (2nd ed. 1991), at pp. 29-30; Ministre d'État au développement social, *Santé et sécurité au travail: Politique québécoise de la santé et de la sécurité des travailleurs* (1978)). As a result of this process, in 1979 the legislature adopted the *Act respecting occupational health and safety* with the aim not only of protecting the health and safety of workers in the workplace, but also of eliminating the causes of workplace accidents and illnesses.

[19] To achieve this protective purpose, the *Act* imposes a duty on employers not to expose workers to unsafe or unhealthy working conditions. Correspondingly, it gives workers the right to be informed of hazards, to participate in the management of workplace risks, and most pertinently, the right to refuse unsafe work found in s. 12:

12. A worker has a right to refuse to perform particular work if he [or she] has reasonable grounds to believe that the performance of that work would expose him [or her] to danger to his [or her] health, safety or physical well-being, or would expose another person to a similar danger.

2. La présente loi a pour objet l'élimination à la source même des dangers pour la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs.

Elle établit les mécanismes de participation des travailleurs et de leurs associations, ainsi que des employeurs et de leurs associations à la réalisation de cet objet.

[18] Les mesures de protection énoncées dans la *Loi* reflètent une longue histoire de mesures législatives prises au Québec en vue de s'attaquer aux problèmes, et d'améliorer la situation, de la santé et de la sécurité du travail. Ces efforts ont abouti à un vaste processus de consultation amorcé par le gouvernement du Québec à la fin des années 70 en vue de déterminer une politique générale sur la santé et la sécurité du travail et d'élaborer les mécanismes nécessaires pour atteindre des objectifs en la matière (Fernand Morin et autres, *Le droit de l'emploi au Québec* (4<sup>e</sup> éd. 2010), p. 679; Robert P. Gagnon, Louis LeBel et Pierre Verge, *Droit du travail* (2<sup>e</sup> éd. 1991), p. 29-30; ministre d'État au développement social, *Santé et sécurité au travail : Politique québécoise de la santé et de la sécurité des travailleurs* (1978)). À l'issue de ce processus, la législature a adopté en 1979 la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* dans le but non seulement de protéger la santé et la sécurité des travailleurs sur le lieu de travail, mais aussi d'y éliminer les causes d'accidents et de maladies.

[19] Pour atteindre cet objectif de protection, la *Loi* impose aux employeurs l'obligation de ne pas exposer les travailleurs à des conditions de travail dangereuses ou malsaines. Corrélativement, elle donne aux travailleurs le droit d'être informés des dangers, le droit de participer à la gestion des risques sur le lieu de travail et, ce qui est le plus pertinent en l'espèce, le droit de refuser d'exécuter un travail dangereux, prévu à l'art. 12 :

12. Un travailleur a le droit de refuser d'exécuter un travail s'il a des motifs raisonnables de croire que l'exécution de ce travail l'expose à un danger pour sa santé, sa sécurité ou son intégrité physique ou peut avoir l'effet d'exposer une autre personne à un semblable danger.

[20] Significantly, when a worker relies on the right to refuse unsafe work, he or she is deemed by s. 14 of the statute to still be “at work”:

**14.** Until an executory decision is rendered ordering a worker to resume work, the employer shall not . . . have the work performed by another worker or by a person who ordinarily works outside the establishment *and a worker who is exercising his [or her] right of refusal is deemed to be at work.*

[21] Section 30 prohibits reprisals by an employer against employees who assert their right to refuse unsafe work:

**30.** No employer may dismiss, suspend or transfer a worker, practise discrimination or take reprisals against him [or her] or impose any other penalty on him [or her] on the ground that the worker exercised the right contemplated in section 12.

[22] Any new assignments or temporary withdrawal from the workplace are deemed to be a substitute for the work that the employee would ordinarily be expected to perform but for the danger. A refusal to perform unsafe work, therefore, is not seen as a refusal to fulfill the employment contract, it is the exercise of legislated protection (*Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at p. 801).

[23] This right to refuse to perform unsafe work is automatically incorporated into the contract of employment between an employer and a worker by virtue of the public order status of the *Act*. As Beetz J. explained in *Bell Canada*:

The essence of [the *Act*] the purpose of which is to safeguard the health of workers is that it articulates the terms of the contract of employment, in the same way as does a collective agreement which contains preventive clauses dealing with occupational health and safety. [p. 799]

[24] Employers and workers are prohibited in s. 4 from derogating from these basic rights and are permitted only to enhance them:

[20] Fait important, lorsqu’un travailleur invoque le droit de refuser d’exécuter un travail dangereux, il est réputé être encore « au travail », suivant l’art. 14 de la *Loi* :

**14.** Jusqu’à ce qu’une décision exécutoire soit rendue ordonnant au travailleur de reprendre le travail, l’employeur ne peut [. . .] faire exécuter le travail par un autre travailleur ou par une personne qui travaille habituellement hors de l’établissement *et le travailleur qui exerce son droit de refus est réputé être au travail lorsqu’il exerce ce droit.*

[21] L’article 30 interdit à l’employeur d’exercer des représailles contre les employés qui exercent leur droit de refuser d’exécuter un travail dangereux :

**30.** L’employeur ne peut congédier, suspendre ou déplacer un travailleur, exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou de représailles ou lui imposer toute autre sanction pour le motif que ce travailleur a exercé le droit visé dans l’article 12.

[22] Une nouvelle affectation ou un retrait temporaire du lieu de travail sont réputés remplacer le travail normalement attendu de l’employé n’eût été le danger. Par conséquent, le refus d’exécuter un travail dangereux n’est pas considéré comme un refus d’exécuter le contrat de travail, mais plutôt comme l’exercice d’une protection législative (*Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, p. 801).

[23] Ce droit de refuser d’exécuter un travail dangereux est automatiquement incorporé dans le contrat de travail entre un employeur et un travailleur puisque la *Loi* est d’ordre public. Comme l’a expliqué le juge Beetz dans *Bell Canada* :

. . . il est de l’essence [de la *Loi*] ayant pour objet la préservation de la santé des travailleurs de préciser les termes du contrat de travail, tout comme le fait une convention collective qui comporte des clauses préventives portant sur la santé et la sécurité des travailleurs. [p. 799]

[24] L’article 4 interdit aux employeurs et aux travailleurs de déroger à ces droits fondamentaux; ils ne peuvent que les bonifier :

4. This Act is of public order and any derogating provision of any agreement or decree is absolutely null.

However, an agreement or decree may provide, in respect of a worker, a person performing functions under this Act or a certified association, more favourable provisions for the health, safety and physical well-being of the worker.

[25] The *Act* thereby regulates the rights and obligations of workers and employers by deeming the contract of employment to include working conditions that do not impair workers' health, safety or physical well-being (*Bell Canada*, at pp. 799-800). Included among these deemed contractual working conditions are the right to refuse unsafe work and to continue to receive wages and other benefits notwithstanding this refusal, the requirement of availability and assignment to other duties, and the right to return to the employment at the end of the assignment or cessation of work (*Bell Canada*, at p. 802). Workers are therefore protected from having to choose between job security and their health or safety.

[26] As this brief review shows, the *Act* sets out a broad framework of health and safety rights and gives workers the necessary tools by which to safely and confidently assert those rights.

[27] Into this capacious protective tent, the legislature also added specific safeguards to address the health and safety concerns of pregnant women. These included rights for pregnant workers to be reassigned to other tasks or, if reassignment is not possible, to immediately withdraw from work in order to protect their health or the health of their fetus and to receive an income indemnity while away from work (Serge Lafontaine, "Le retrait préventif de la travailleuse enceinte ou qui allaite: qui décide quoi?", in *Développements récents en droit du travail (1991)*, 133, at p. 135; Cliche, Lafontaine and Mailhot, at pp. 237-38). These rights were designed to allow pregnant workers to continue working or, if no safe workplace alternative was available, to prevent them from being penalized economically (Katherine Lippel, "Preventive Reassignment of

4. La présente loi est d'ordre public et une disposition d'une convention ou d'un décret qui y déroge est nulle de nullité absolue.

Cependant une convention ou un décret peut prévoir pour un travailleur, une personne qui exerce une fonction en vertu de la présente loi ou une association accréditée des dispositions plus avantageuses pour la santé, la sécurité ou l'intégrité physique du travailleur.

[25] La *Loi* régit ainsi les droits et les obligations des travailleurs et des employeurs en présumant que le contrat de travail comprend des conditions de travail qui ne portent pas atteinte à la santé, à la sécurité ou à l'intégrité physique des travailleurs (*Bell Canada*, p. 799-800). Le droit de refuser d'effectuer un travail dangereux et de continuer à recevoir un salaire et d'autres avantages malgré ce refus, l'exigence de disponibilité et d'affectation à d'autres tâches et le droit de réintégrer son emploi à la fin de la réaffectation ou de la cessation de travail font partie de ces conditions de travail contractuelles présumées (*Bell Canada*, p. 802). Les travailleurs sont donc assurés de ne pas avoir à choisir entre la sécurité d'emploi et leur santé ou sécurité.

[26] Comme le montre ce bref exposé, la *Loi* établit un cadre général de droits en matière de santé et de sécurité et donne aux travailleurs les outils nécessaires pour se prévaloir de ces droits en toute sécurité et en toute confiance.

[27] Sur ce vaste filet protecteur, le législateur a en outre ajouté des mesures de sauvegarde pour répondre spécifiquement aux préoccupations des femmes enceintes en ce qui a trait à la santé et la sécurité. Ces mesures comprennent notamment le droit des femmes enceintes d'être affectées à d'autres tâches ou, si une telle affectation n'est pas possible, le droit de cesser immédiatement de travailler afin de protéger leur santé ou celle de leur enfant à naître et de toucher une indemnité de revenu pendant leur absence du travail (Serge Lafontaine, « Le retrait préventif de la travailleuse enceinte ou qui allaite : qui décide quoi? », dans *Développements récents en droit du travail (1991)*, 133, p. 135; Cliche, Lafontaine et Mailhot, p. 237-238). Ces droits ont été conçus pour permettre aux travailleuses enceintes de continuer à travailler ou, si aucun autre lieu de



Pregnant or Breast-Feeding Workers: The Québec Model” (1998), 8 *New Solutions* 267, at p. 267). As Robert Plante and Romaine Malenfant noted in “Reproductive Health and Work: Different Experiences” (1998), 40 *JOEM* 964, at p. 967:

... the right to preventive reassignment plays a protective role for women’s jobs by reducing the likelihood of their being fired during pregnancy and by ensuring that the benefits associated with a job are maintained . . . .

[28] Underlying the health and safety protections for pregnant women is an effort to prevent the discriminatory exclusion of women from the workplace based on pregnancy (see Karen Messing et al., “Equality and Difference in the Workplace: Physical Job Demands, Occupational Illnesses, and Sex Differences” (2000), 12 *NWSA Journal* 21, at p. 36; see also Gilles Trudeau, “Aspects constitutionnels du travail salarié”, in Katherine Lippel and Guylaine Vallée, eds., *Rapports individuels et collectifs du travail* (loose-leaf), 1/1, at pp. 1/14 and 1/15). To confront the discriminatory assumptions which had historically attributed an incapacity to work to women who were pregnant, the scheme protects not only their right to work, but to work in a safe environment, by deeming them to be as available to work as a non-pregnant worker (*Commission des écoles catholiques de Québec v. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883 (C.A.), at p. 1893, *per* Robert J.A.; see also *AT & T Corp. v. Hulteen*, 129 S. Ct. 1962 (2009), at p. 1978, *per* Ginsburg J., dissenting). As Plante and Malenfant note, the prime objective of reassignment and Preventive Withdrawal is “to protect the health of the pregnant worker and that of her unborn child by eliminating dangers in the workplace, thereby allowing her to continue working” (p. 965 (emphasis added); see also Lippel, at pp. 269-70). If no reassignment alternative in the workplace is possible, she is entitled to withdraw from work.

travail sécuritaire n’est disponible, d’empêcher qu’elles soient pénalisées sur le plan pécuniaire (Katherine Lippel, « Preventive Reassignment of Pregnant or Breast-Feeding Workers : The Québec Model » (1998), 8 *New Solutions* 267, p. 267). Comme l’ont fait remarquer Robert Plante et Romaine Malenfant dans « Reproductive Health and Work : Different Experiences » (1998), 40 *JOEM* 964, p. 967 :

[TRADUCTION] . . . le droit à la réaffectation préventive vise à protéger les emplois des femmes en réduisant la probabilité qu’elles soient congédiées pendant leur grossesse et en assurant le maintien des avantages liés à un emploi . . .

[28] Les efforts en vue d’empêcher l’exclusion discriminatoire des femmes du milieu du travail en raison de leur grossesse ont amené les mesures de protection de la santé et de la sécurité des femmes enceintes (voir Karen Messing et autres, « Equality and Difference in the Workplace : Physical Job Demands, Occupational Illnesses, and Sex Differences » (2000), 12 *NWSA Journal* 21, p. 36; voir également Gilles Trudeau, « Aspects constitutionnels du travail salarié », dans Katherine Lippel et Guylaine Vallée, dir., *Rapports individuels et collectifs du travail* (feuilles mobiles), 1/1, p. 1/14 et 1/15). Pour contrer les hypothèses discriminatoires qui avaient attribué aux femmes enceintes une incapacité de travailler, le régime protège non seulement leur droit de travailler, mais aussi leur droit de travailler dans un milieu sécuritaire, en présumant qu’elles sont disponibles pour travailler tout autant que le sont les travailleuses non enceintes (*Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, [1999] R.J.Q. 1883 (C.A.), p. 1893, le juge Robert; voir aussi *AT & T Corp. c. Hulteen*, 129 S. Ct. 1962 (2009), p. 1978, le juge Ginsburg, dissident). Comme le signalent Plante et Malenfant, la réaffectation et le retrait préventif visent principalement [TRADUCTION] « à protéger la santé de la travailleuse enceinte et celle de son enfant à naître en éliminant les dangers sur le lieu de travail, lui permettant ainsi de continuer à travailler » (p. 965 (italiques ajoutés); voir également Lippel, p. 269-270). Si aucune autre affectation au lieu de travail n’est possible, elle a droit de cesser de travailler.

[29] Preventive Withdrawal operates within the context of the *Act's* broader health and safety scheme which gives workers the security to refuse unsafe work. By providing financial and job security to a worker whose workplace has become dangerous because of her pregnancy, the *Act* protects a pregnant worker from having to choose between her employment (and income) on the one hand, and her health or the health of her fetus on the other, “a choice that is clearly difficult, if not impossible” (Plante and Malenfant, at p. 968). And, like any other worker refusing to do unsafe work, she is deemed by the *Act* to still be “at work” while on Preventive Withdrawal.

[30] The *Act* therefore protects pregnant women in two significant ways: it protects their health by substituting safe tasks for dangerous ones, and it protects their employment by providing financial and job security.

[31] This is the statutory context for Ms. Dionne’s appeal. The remaining task is to determine whether she is a “worker” within the meaning of the *Act* and therefore entitled to access its protections. “Worker” is defined in s. 1 of the *Act*:

“**worker**” means a person, including a student in the cases determined by regulation, who, under a contract of employment or a contract of apprenticeship, even without remuneration, carries out work for an employer, except

(1) a person employed as manager, superintendent, foreman or as the agent of the employer in his relations with his workers;

(2) a director or officer of a legal person, except where a person acts as such in relation to his employer after being designated by the workers or by a certified association;

[32] This definition reflects a clear intention to extend occupational health and safety protection as widely as possible, including to students, interns, apprentices and individuals, whether or not they are

[29] Le retrait préventif s’applique dans le contexte du régime plus large de santé et de sécurité établi par la *Loi* qui donne aux travailleuses la sécurité de refuser un travail dangereux. En assurant la sécurité financière et la sécurité d’emploi à une travailleuse dont le lieu de travail est dorénavant dangereux en raison de sa grossesse, la *Loi* évite à la travailleuse enceinte d’avoir à choisir entre son emploi (et son revenu) d’une part, et sa santé et celle de son enfant à naître, d’autre part, [TRADUCTION] « un choix manifestement difficile, voire impossible » (Plante et Malenfant, p. 968). En outre, à l’instar de tout autre travailleur qui refuse d’exécuter un travail dangereux, elle est réputée, suivant la *Loi*, être encore « au travail » pendant son retrait préventif.

[30] La *Loi* protège donc les femmes enceintes de deux façons importantes : elle protège leur santé en remplaçant des tâches dangereuses par des tâches sécuritaires, et elle protège leur emploi en leur assurant la sécurité financière et la sécurité d’emploi.

[31] Tel est donc le cadre légal dans lequel se situe le pourvoi de M<sup>me</sup> Dionne. Il nous reste à déterminer si elle est une « travailleuse » au sens de la *Loi* et si elle a donc droit de se prévaloir de ses mesures de protection. La notion de « travailleur » est définie ainsi à l’article premier de la *Loi* :

« **travailleur** » : une personne qui exécute, en vertu d’un contrat de travail ou d’un contrat d’apprentissage, même sans rémunération, un travail pour un employeur, y compris un étudiant dans les cas déterminés par règlement, à l’exception :

1° d’une personne qui est employée à titre de gérant, surintendant, contremaître ou représentant de l’employeur dans ses relations avec les travailleurs;

2° d’un administrateur ou dirigeant d’une personne morale, sauf si une personne agit à ce titre à l’égard de son employeur après avoir été désignée par les travailleurs ou une association accréditée;

[32] Cette définition reflète une intention claire d’étendre le plus largement possible la protection en matière de santé et de sécurité du travail, y compris aux étudiants, aux stagiaires, aux apprentis et

remunerated. Essentially anyone who carries out work for an employer is entitled to the *Act's* protection unless he or she is in a managerial role. The scope of protection for pregnant workers is even more expansive, since s. 11 grants pregnant women who are managers, superintendents, foremen, and directors the same rights to reassignment and Preventive Withdrawal as “workers”.

[33] While there is no need for remuneration under the *Act* to qualify as a “worker”, there must be a contract. The *Act* does not specifically define the term “contract of employment”, but the *Civil Code of Québec* does so in art. 2085:

**2085.** A contract of employment is a contract by which a person, the employee, undertakes for a limited period to do work for remuneration, according to the instructions and under the direction or control of another person, the employer.

[34] There are therefore three requirements for formation of a contract of employment under the *Civil Code* — performance of work, payment of wages, and a relationship of subordination between the parties (*Cabiakman v. Industrial Alliance Life Insurance Co.*, [2004] 3 S.C.R. 195, at para. 27; Morin et al., at p. 271). A contract must also have a cause and an object (art. 1385 of the *Civil Code*).

[35] The CLP acknowledged that a supply teacher who goes into the school to teach fulfills all of the necessary elements for the formation of a contract of employment and is therefore a “worker” within the meaning of the *Act*. She would accordingly be entitled to protection under the *Act*, including Preventive Withdrawal in the appropriate circumstances. The dispute in this case therefore is not whether a supply teacher can claim rights under the *Act*, but whether a workplace danger acts as an impediment to contract formation in the first place.

[36] The CLP was of the view that because Ms. Dionne could not enter the workplace to

aux travailleurs individuels, qu'ils soient rémunérés ou non. Essentiellement, quiconque n'exerce pas un rôle de cadre et effectue un travail pour un employeur a droit à la protection de la *Loi*. La portée de la protection accordée aux travailleuses enceintes est encore plus large, puisque l'art. 11 accorde aux femmes enceintes qui sont gérantes, surintendantes, contremaîtresses ou administratrices les mêmes droits à la réaffectation et au retrait préventif que les « travailleurs ».

[33] Bien qu'il ne soit pas nécessaire, aux termes de la *Loi*, qu'une personne soit rémunérée pour être considérée comme un « travailleur », il doit exister un contrat de travail. La *Loi* ne définit pas expressément la notion de « contrat de travail », mais l'art. 2085 du *Code civil du Québec* en donne la définition suivante :

**2085.** Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur.

[34] Trois conditions doivent donc être réunies pour la formation d'un contrat de travail en vertu du *Code civil* : la prestation de travail, le versement du salaire et le lien de subordination qui prévaut entre les parties (*Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, [2004] 3 R.C.S. 195, par. 27; Morin et autres, p. 271). Un contrat doit aussi avoir une cause et un objet (art. 1385 du *Code civil*).

[35] La CLP a reconnu qu'une suppléante qui entre dans une école pour enseigner remplit toutes les conditions nécessaires à la formation d'un contrat de travail, si bien qu'elle est un « travailleur » au sens de la *Loi*. Elle aurait donc droit à la protection prévue par la *Loi*, y compris le retrait préventif dans les circonstances appropriées. La question en litige en l'espèce n'est donc pas de savoir si une enseignante suppléante peut revendiquer des droits prévus par la *Loi*, mais de savoir si un danger sur le lieu de travail fait obstacle à la formation du contrat au départ.

[36] De l'avis de la CLP, puisque M<sup>me</sup> Dionne ne pouvait pas entrer dans le lieu de travail pour

teach, this essential element of the performance of the contract was missing. As a result, no contract of employment was formed since Ms. Dionne's invocation of her right to Preventive Withdrawal meant she could not work. This, with respect, is an unreasonable interpretation of the performance requirement for the formation of a "contract of employment" under the *Act*.

[37] The *Act* defines "worker" differently than does the *Civil Code* — a person who carries out work even without remuneration rather than an employee who works for remuneration. It is therefore clear that the legislative intention was to reach a much broader worker constituency than that contemplated by "employee" in the *Civil Code*. This more generous interpretation of "worker" is warranted not only by the *Act*'s status as being of public order, it is permitted by the preamble to the *Code*, which allows other laws to "complement the Code or make exceptions to it" (see also *Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, s. 41; *Westmount (City) v. Rossy*, [2012] 2 S.C.R. 136, at para. 21).

[38] The difference in wording also helps inform the interpretation of the performance of work requirement for the formation of a "contract of employment" for purposes of the definition of "worker" under s. 1 of the *Act*. In my view, this requirement must be interpreted in a way that renders it meaningful in the context of a scheme designed to allow workers to withdraw from an unsafe workplace. In the same way that the legislature varied the *Civil Code* requirement of remuneration for the formation of a "contract of employment" under the *Act*, it also addressed the performance of work requirement by stipulating that when someone withdraws from an unsafe workplace after contract formation, he or she is still working. In other words, the "performance of work" requirement will be met even if, after the contract is formed, the worker withdraws for workplace health and safety reasons since at that point he or she is deemed by the *Act* to be "at work".

enseigner, cet élément essentiel de l'exécution du contrat faisait défaut. Par conséquent, aucun contrat de travail n'avait été formé puisque le fait que M<sup>me</sup> Dionne invoque son droit à un retrait préventif signifiait qu'elle ne pouvait pas travailler. Avec égards, il s'agit là d'une interprétation déraisonnable de l'exigence de prestation pour la formation d'un « contrat de travail » aux termes de la *Loi*.

[37] La *Loi* définit le « travailleur » autrement que ne le fait le *Code civil* — une personne qui exécute un travail même sans rémunération, plutôt qu'un employé qui travaille moyennant rémunération. Il est donc clair que le législateur avait l'intention de rejoindre un ensemble de travailleurs beaucoup plus large que celui qui est visé par la notion d'« employé » dans le *Code civil*. Cette interprétation plus généreuse de la notion de « travailleur » est non seulement justifiée par le caractère de la *Loi*, qui est d'ordre public, elle est également permise par la disposition préliminaire du *Code*, qui prévoit que d'autres lois peuvent « ajouter au code ou y déroger » (voir aussi la *Loi d'interprétation*, RLRQ, ch. I-16, art. 41; *Westmount (Ville) c. Rossy*, [2012] 2 R.C.S. 136, par. 21).

[38] La différence textuelle nous aide aussi à interpréter l'exigence de la prestation de travail qui requiert la formation d'un « contrat de travail » pour l'application de la définition de « travailleur » à l'article premier de la *Loi*. À mon avis, cette exigence doit être interprétée d'une manière qui lui donne un véritable sens dans le contexte d'un régime conçu pour permettre aux travailleurs de se retirer d'un lieu de travail dangereux. De la même façon que le législateur a modifié dans la *Loi* l'exigence du *Code civil* relative à la rémunération pour la formation d'un contrat de travail, il a traité de l'exigence relative à la prestation du travail en prévoyant que, lorsqu'elle refuse, après la formation du contrat, de travailler dans un lieu de travail dangereux, la personne est encore au travail. Autrement dit, l'exigence de « prestation de travail » sera respectée même si, après la formation du contrat, le travailleur se retire du lieu de travail pour des raisons de santé et de sécurité du travail, puisque dès lors, la *Loi* présume qu'il est « au travail ».

[39] The scheme is intended to protect pregnant workers who have a contract to work. It would be anomalous, to say the least, to use the legislated right of a pregnant worker to withdraw from an unsafe workplace to conclude that her withdrawal negates the formation of the contract of employment.

[40] As Beetz J. confirmed in *Bell Canada*, Preventive Withdrawal is not a failure or inability to perform the work, it is deemed by the statutory scheme to be a *substitution* of the work. That is, exercising the right is the performance of the work (*Bell Canada*, at p. 801). The right to reassignment ensures that workers can continue to fulfill their employment obligations without risk to their health. The worker is offering himself or herself to perform work, but not work that endangers his or her health. In exercising her right to Preventive Withdrawal, she is not indicating that she is refusing to work, she is deemed to be asking instead that she be reassigned to safe tasks. What prevents the performance of work is the employer's inability to provide a safe working alternative.

[41] Upon accepting the School Board's offer on November 13, 2006, Ms. Dionne was presented with a choice: she could attend at the school and teach for the day, exposing her fetus to danger, or she could rely on her Certificate to assert her right to Preventive Withdrawal under the *Act*. She chose the latter, and in so doing relied on her statutory right to refuse dangerous work. Upon invoking her Certificate, she was entitled to Preventive Withdrawal, and the School Board was immediately required to offer her other tasks compatible with her health needs. No such offer of reassignment took place.

[42] There is therefore no justification for excluding Ms. Dionne from the protections of the *Act*. Since the CLP acknowledged that a teacher who performs a supply teaching contract is a "worker" under the *Act*, that means that if Ms. Dionne had not been pregnant, there would be no dispute that she would be entitled to a healthy and safe work

[39] Le régime vise à protéger les travailleuses enceintes qui ont un contrat de travail. Il serait pour le moins anormal de conclure, en s'appuyant sur le droit que la loi confère à une travailleuse enceinte de se retirer d'un lieu de travail dangereux, que son retrait fait obstacle à la formation du contrat de travail.

[40] Tout comme le juge Beetz l'a confirmé dans *Bell Canada*, le retrait préventif n'est pas une omission ou une incapacité d'exécuter le travail : suivant le régime prévu par la *Loi*, il est réputé *remplacer* le travail. Autrement dit, l'exercice du droit *constitue* la prestation de travail (*Bell Canada*, p. 801). Le droit à la réaffectation garantit aux travailleurs qu'ils peuvent continuer à remplir leurs obligations en matière d'emploi sans risque pour leur santé. Le travailleur s'offre pour exécuter un travail, mais non pas un travail qui met en danger sa santé. En exerçant son droit au retrait préventif, la travailleuse n'indique pas qu'elle refuse de travailler, elle est plutôt réputée demander une affectation à des tâches sans danger. Ce qui empêche la prestation de travail est l'incapacité de l'employeur de fournir un travail de substitution sans danger.

[41] En acceptant l'offre de la commission scolaire le 13 novembre 2006, M<sup>me</sup> Dionne avait le choix : elle pouvait soit se rendre à l'école et enseigner pour la journée, exposant son enfant à naître à un danger, soit s'appuyer sur son certificat pour revendiquer son droit à un retrait préventif en vertu de la *Loi*. Elle a choisi la deuxième possibilité et, ce faisant, elle s'est appuyée sur son droit légal de refuser un travail dangereux. Dès qu'elle a invoqué son certificat, elle avait droit au retrait préventif et la commission scolaire était immédiatement tenue de lui offrir d'autres tâches compatibles avec ses besoins en matière de santé. Il n'y a eu aucune offre d'affectation à d'autres tâches.

[42] Par conséquent, rien ne permet d'exclure M<sup>me</sup> Dionne des mesures de protection prévues par la *Loi*. Puisque la CLP a reconnu qu'une enseignante qui exécute un contrat de suppléance est un « travailleur » au sens de la *Loi*, il s'ensuit que si M<sup>me</sup> Dionne n'avait pas été enceinte, nul n'aurait contesté le droit qu'elle avait à un milieu de travail

environment each time she went into the school to teach, as would any “worker” under the *Act*. A pregnant supply teacher is no less qualified for employment than a teacher who is not pregnant, and her aptitude and qualifications do not change upon becoming pregnant.

[43] A contract was formed on November 13, 2006 when Ms. Dionne accepted the School Board’s offer to supply teach and therefore became a “worker” in accordance with the definition in s. 1 of the *Act*. Her pregnancy was not an incapacity that prevented her from performing the work, it was the dangerous workplace, and that in turn triggered her statutory right to substitute that work with a safe task or withdraw.

[44] The CLP’s interpretation of Preventive Withdrawal as an incapacity to perform work also limits the definition of a “worker” to someone who can perform work immediately without any health or safety issues. Pre-emptively excluding a portion of the workforce from the protective scope of the *Act*, as the CLP did by excluding pregnant contract workers, ignores the broad legislative purpose. It puts these women in the untenable position of having to choose between entering into an employment contract in order to work and protecting their health and safety. The *Act* is designed to make these two concerns — work and safety — compatible. The CLP’s approach, with respect, treats them as mutually exclusive.

[45] The *Act* specifically allows Ms. Dionne to substitute her performance of the supply teaching contract with an alternative task or Preventive Withdrawal. Her invocation of the Certificate does not mean she is unwilling to work, it means that she is unwilling to expose herself or her fetus to health risks in the workplace. The CLP’s conclusion that Ms. Dionne could not enter into a contract because she was pregnant and refused unsafe work, ignores the fact that Ms. Dionne was deemed by s. 14 of the *Act* to be “at work” when she was on Preventive

sain et sans danger chaque fois qu’elle se présentait à l’école pour enseigner, à l’instar de tout autre « travailleur » en application de la *Loi*. Une enseignante suppléante enceinte n’est pas moins qualifiée pour un emploi qu’une enseignante qui n’est pas enceinte, et son aptitude et ses compétences ne changent pas lorsqu’elle devient enceinte.

[43] Un contrat a été formé le 13 novembre 2006 lorsque M<sup>me</sup> Dionne a accepté l’offre de suppléance de la commission scolaire et elle est donc devenue un « travailleur » conformément à la définition prévue à l’article premier de la *Loi*. Sa grossesse n’était pas une incapacité qui l’empêchait d’exécuter son travail : c’était plutôt le lieu de travail dangereux qui l’en empêchait, ce qui a rendu applicable son droit légal de remplacer ce travail par une tâche sans danger ou de se retirer.

[44] L’interprétation de la CLP selon laquelle le retrait préventif est une incapacité d’exécuter un travail limite aussi la définition de « travailleur » à quelqu’un qui peut exécuter un travail immédiatement sans problème de santé ou de sécurité. Exclure d’emblée une partie de l’effectif de la protection de la *Loi*, comme l’a fait la CLP en excluant les travailleuses contractuelles enceintes, revient à faire abstraction du large objectif législatif. Cette exclusion place ces femmes dans la position intenable d’avoir à choisir entre la conclusion d’un contrat de travail pour pouvoir travailler et la protection de leur santé et de leur sécurité. La *Loi* est conçue pour faire en sorte que ces deux préoccupations — le travail et la sécurité — soient compatibles. Avec égards, le raisonnement de la CLP les traite comme si elles s’excluaient mutuellement.

[45] La *Loi* permet expressément à M<sup>me</sup> Dionne de substituer à la prestation de ses tâches d’enseignante suppléante une tâche de remplacement ou un retrait préventif. Le fait qu’elle invoque le certificat ne signifie pas qu’elle ne voulait pas travailler; il signifie plutôt qu’elle ne voulait pas s’exposer ou exposer son enfant à naître à des risques pour la santé dans le lieu de travail. La conclusion de la CLP selon laquelle M<sup>me</sup> Dionne ne pouvait pas conclure un contrat parce qu’elle était enceinte et qu’elle a refusé un travail dangereux n’a pas tenu

Withdrawal and left her having to choose between her work and her health. This is an approach that recreates the very Gordian Knot the statutory scheme was designed to cut. Because the CLP's conclusion undermines the objectives of the *Act*, it is, in my respectful view, unreasonable.

[46] I would allow the appeal with costs throughout.

*Appeal allowed with costs throughout.*

*Solicitors for the appellant: Melançon Marceau Grenier et Sciortino, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Commission scolaire des Patriotes: Langlois Kronström Desjardins, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Commission des lésions professionnelles: Verge Bernier, Québec.*

*Solicitors for the intervener Commission de la santé et de la sécurité du travail: Vigneault Thibodeau Bergeron, Québec and Montréal.*

*Solicitors for the intervener Fédération des syndicats de l'enseignement: Barabé Casavant, Montréal.*

compte du fait que M<sup>me</sup> Dionne était réputée, aux termes de l'art. 14 de la *Loi*, être « au travail » lorsqu'elle était en retrait préventif, et l'obligeait de ce fait à choisir entre son travail et sa santé. Il s'agit d'un raisonnement qui recrée le nœud gordien que le régime légal est censé trancher. Parce que la conclusion de la CLP compromet la réalisation de l'objectif de la *Loi*, j'estime, avec égards, qu'elle est déraisonnable.

[46] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.*

*Procureurs de l'appelante : Melançon Marceau Grenier et Sciortino, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée la Commission scolaire des Patriotes : Langlois Kronström Desjardins, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée la Commission des lésions professionnelles : Verge Bernier, Québec.*

*Procureurs de l'intervenante la Commission de la santé et de la sécurité du travail : Vigneault Thibodeau Bergeron, Québec et Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération des syndicats de l'enseignement : Barabé Casavant, Montréal.*

**Immeubles Jacques Robitaille inc.** *Appellant*

v.

**City of Québec** *Respondent*

**INDEXED AS: IMMEUBLES JACQUES ROBITAILLE  
INC. v. QUÉBEC (CITY)**

**2014 SCC 34**

File No.: 35295.

2014: February 20; 2014: May 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Municipal law — By-laws — Offences — Estoppel — Operation of commercial parking lot by company in zone where such use prohibited — Statement of offence issued against company for non-conforming use under zoning by-law — Company admitting to non-conforming use but raising doctrine of estoppel — Circumstances in which defendant can rely on doctrine of estoppel to avoid penal liability — Cities and Towns Act, CQLR, c. C-19, s. 576 — Act respecting land use planning and development, CQLR, c. A-19.1, s. 227.*

The City issued a statement of offence against the company IJR for operating a commercial parking lot on its property, a use that violated the applicable zoning by-law in the sector in question. The company admitted to the non-conforming use but raised the doctrine of promissory estoppel. In support of its argument, the company relied on a number of actions of the City, including: the wording of a clause in a contract of sale entered into with the City, which provided for the preservation of the company's existing rights; the nature of certain work done by the City; compensation paid to the company by the City for loss of parking income due to freeway construction work next to the property; the collection by the City of municipal taxes, at a non-residential rate, on the property in question; and the installation of a sign on the public road to indicate the existence of the public parking lot. At trial, the company was convicted of violating the zoning by-law. The company appealed to the Superior

**Immeubles Jacques Robitaille inc.** *Appelante*

c.

**Ville de Québec** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : IMMEUBLES JACQUES ROBITAILLE  
INC. c. QUÉBEC (VILLE)**

**2014 CSC 34**

N° du greffe : 35295.

2014 : 20 février; 2014 : 2 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit municipal — Règlements — Infractions — Préclusion — Exploitation par une entreprise d'un stationnement commercial dans une zone où un tel usage est interdit — Constat d'infraction délivré contre l'entreprise pour usage dérogatoire au règlement de zonage — Entreprise reconnaissant l'usage dérogatoire mais invoquant la doctrine de la préclusion — Dans quelles circonstances la doctrine de la préclusion peut-elle être invoquée par un plaideur pour échapper à sa responsabilité pénale? — Loi sur les cités et villes, RLRQ, ch. C-19, art. 576 — Loi sur l'aménagement et l'urbanisme, RLRQ, ch. A-19.1, art. 227.*

La Ville a délivré contre l'entreprise IJR un constat d'infraction lui reprochant d'avoir exploité sur son terrain un stationnement à vocation commerciale, alors que cet usage contrevenait au règlement de zonage applicable dans le secteur. L'entreprise a reconnu l'usage dérogatoire, mais a plaidé la doctrine de la préclusion promissoire. Au soutien de sa prétention, l'entreprise a invoqué plusieurs faits et gestes posés par la Ville, dont le libellé d'une clause de contrat de vente conclu avec la Ville prévoyant le maintien des droits actuels de l'entreprise, la nature de certains travaux effectués par la Ville, une indemnité versée par la Ville à l'entreprise pour la perte de revenus de stationnement en raison de travaux de réaménagement de l'autoroute à proximité du bien-fonds, la perception par la Ville de taxes municipales, suivant un taux non résidentiel, à l'égard du bien-fonds, ainsi que l'installation d'un panneau sur la voie publique signalant l'existence du stationnement public. En première



Court, which acquitted it, but the Court of Appeal subsequently restored the conviction.

*Held:* The appeal should be dismissed.

In the public law context, promissory estoppel requires proof of a clear and unambiguous promise made to a citizen by a public authority in order to induce the citizen to perform certain acts. In addition, the citizen must have relied on the promise and acted on it by changing his or her conduct. However, the doctrine of estoppel must yield to an overriding public interest and may not be invoked to prevent the application of an express legislative provision. The public interest is taken into account in adopting a zoning by-law, and the by-law's penal provisions ensure that it is complied with. The penal recourse exists to enable a municipality to enforce zoning by-laws, which are adopted to ensure harmonious development of the urban area. In this case, the by-law is clear, and it creates a strict liability offence on grounds related to the public interest and does not authorize the municipality to consent to a non-conforming use. As a result, the doctrine of estoppel is of no assistance to the company.

Furthermore, the duality of recourses available to municipalities for the enforcement of zoning by-laws — the penal recourse and the civil recourse, including the one provided for in s. 227 of the *Act respecting land use planning and development* — is not a source of injustice. Each of the recourses is clearly defined, and they have different purposes. Moreover, neither of them results in *res judicata* as regards the other, and the mere possibility of a civil proceeding under s. 227 being unsuccessful does not raise a reasonable doubt as to the defendant's guilt in a penal proceeding.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Ville de Montréal v. Chapdelaine*, [2003] R.J.Q. 1417; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281; *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211; *Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation and Communications* (1976), 14 O.R. (2d) 49; *Sous-ministre du Revenu du Québec v. Transport Lessard (1976) Ltée*, [1985] R.D.J. 502; *Aurchem Exploration Ltd. v. Canada* (1992), 91 D.L.R. (4th) 710; *Kenora (Town) Hydro Electric Commission v. Vacationland Dairy Co-operative*

instance, l'entreprise a été déclarée coupable d'avoir enfreint le règlement de zonage. En appel devant la Cour supérieure, l'entreprise a été acquittée, mais la Cour d'appel a par la suite rétabli la déclaration de culpabilité.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

En droit public, la préclusion promissoire exige la preuve d'une promesse claire et non équivoque faite par l'autorité publique à un justiciable afin de l'inciter à accomplir certains actes. De plus, il est nécessaire que ce dernier se fie à cette promesse et agisse sur la foi de celle-ci pour modifier son comportement. Cependant, la doctrine de la préclusion doit céder devant un intérêt public prépondérant, et elle ne peut être invoquée pour contester l'application d'une disposition explicite de la loi. L'adoption de la réglementation en matière de zonage tient compte de l'intérêt public et les dispositions pénales réglementaires en assurent le respect. En effet, le recours pénal existe pour permettre aux municipalités de faire respecter les règlements de zonage, qui sont adoptés pour encadrer le développement harmonieux du territoire urbain. En l'espèce, le règlement est explicite, il établit une infraction de responsabilité stricte pour des motifs d'intérêt public et il ne permet pas à la municipalité de consentir à un usage dérogatoire. En conséquence, la doctrine de la préclusion n'est d'aucun secours à l'entreprise.

Par ailleurs, la dualité de recours dont disposent les municipalités pour assurer l'application des règlements de zonage — le recours de nature pénale, et le recours de nature civile, dont celui prévu à l'art. 227 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* — n'est pas source d'injustice. Chaque recours est clairement balisé et a des objets différents. De plus, il n'y a pas autorité de la chose jugée entre les deux recours, et la simple possibilité qu'un recours civil fondé sur l'art. 227 puisse échouer ne fait pas naître de doute raisonnable sur la culpabilité du justiciable dans le cadre d'un recours pénal.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Ville de Montréal c. Chapdelaine*, [2003] R.J.Q. 1417; *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281; *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211; *Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation and Communications* (1976), 14 O.R. (2d) 49; *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Transport Lessard (1976) Ltée*, [1985] R.D.J. 502; *Aurchem Exploration Ltd. c. Canada*, [1992] A.C.F. n° 427 (QL); *Commission hydro-électrique de Kenora (Ville)*

*Ltd.*, [1994] 1 S.C.R. 80; *Mascouche (Ville) v. Thiffault*, 1996 CanLII 6503; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Loblaw Québec Ltée v. Alimentation Gérard Villeneuve (1998) inc.*, [2000] R.J.Q. 2498; *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 S.C.R. 222; *Sainte-Barbe (Municipalité de la paroisse) v. Cadieux*, 2004 CanLII 20665; *Québec (Ville de) v. Société immobilière du Québec*, 2013 QCCA 305 (CanLII); *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting land use planning and development*, CQLR, c. A-19.1, arts. 145.1, 227.  
*Cities and Towns Act*, CQLR, c. C-19, s. 576.  
*Civil Code of Québec*, art. 1376.  
*Règlement de l'arrondissement La Cité sur le zonage et l'urbanisme*, Règlement VQZ-3, arts. 40, 83, 359.  
*Règlement n° 2613*.

### Authors Cited

Giroux, Lorne, et Isabelle Chouinard. "Les pouvoirs municipaux en matière d'urbanisme", dans *Collection de droit*, vol. 7, *Droit public et administratif*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013-2014, 439.  
 Héту, Jean, et Yvon Duplessis. *Droit Municipal: Principes généraux et contentieux*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd. Brossard, Qué.: CCH, 2002 (feuilles mobiles mises à jour octobre 2013).  
 LeChasseur, Marc-André. *Le zonage en droit québécois*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2006.  
 Villaggi, Jean-Pierre. *L'Administration publique québécoise et le processus décisionnel: Des pouvoirs au contrôle administratif et judiciaire*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochette and Doyon JJ.A. and Viens J. (*ad hoc*)), 2013 QCCA 219, 6 M.P.L.R. (5th) 36, SOQUIJ AZ-50934762, [2013] J.Q. n° 840 (QL), 2013 CarswellQue 835, setting aside a decision of Pronovost J., 2012 QCCS 806, SOQUIJ AZ-50836989, [2012] J.Q. n° 1839 (QL), 2012 CarswellQue 1924, which set aside a decision of Judge Gaumond, 2011 QCCM 167, SOQUIJ AZ-50759379, [2011] J.Q. n° 6633 (QL), 2011 CarswellQue 6499. Appeal dismissed.

*David Bernier and William Noonan*, for the appellant.

*c. Vacationland Dairy Co-operative Ltd.*, [1994] 1 R.C.S. 80; *Mascouche (Ville) c. Thiffault*, 1996 CanLII 6503; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Loblaw Québec Ltée c. Alimentation Gérard Villeneuve (1998) inc.*, [2000] R.J.Q. 2498; *City of Verdun c. Sun Oil Co.*, [1952] 1 R.C.S. 222; *Sainte-Barbe (Municipalité de la paroisse) c. Cadieux*, 2004 CanLII 20665; *Québec (Ville de) c. Société immobilière du Québec*, 2013 QCCA 305 (CanLII); *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, art. 1376.  
*Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, RLRQ, ch. A-19.1, art. 145.1, 227.  
*Loi sur les cités et villes*, RLRQ, ch. C-19, art. 576.  
*Règlement de l'arrondissement La Cité sur le zonage et l'urbanisme*, Règlement VQZ-3, art. 40, 83, 359.  
*Règlement n° 2613*.

### Doctrine et autres documents cités

Giroux, Lorne, et Isabelle Chouinard. « Les pouvoirs municipaux en matière d'urbanisme », dans *Collection de droit*, vol. 7, *Droit public et administratif*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013-2014, 439.  
 Héту, Jean, et Yvon Duplessis. *Droit Municipal : Principes généraux et contentieux*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd. Brossard, Qué. : CCH, 2002 (feuilles mobiles mises à jour octobre 2013).  
 LeChasseur, Marc-André. *Le zonage en droit québécois*. Montréal : Wilson & Lafleur, 2006.  
 Villaggi, Jean-Pierre. *L'Administration publique québécoise et le processus décisionnel : Des pouvoirs au contrôle administratif et judiciaire*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rochette et Doyon et le juge Viens (*ad hoc*)), 2013 QCCA 219, 6 M.P.L.R. (5th) 36, SOQUIJ AZ-50934762, [2013] J.Q. n° 840 (QL), 2013 CarswellQue 835, qui a infirmé une décision du juge Pronovost, 2012 QCCS 806, SOQUIJ AZ-50836989, [2012] J.Q. n° 1839 (QL), 2012 CarswellQue 1924, qui avait infirmé une décision du juge municipal Gaumond, 2011 QCCM 167, SOQUIJ AZ-50759379, [2011] J.Q. n° 6633 (QL), 2011 CarswellQue 6499. Pourvoi rejeté.

*David Bernier et William Noonan*, pour l'appelante.

*Isabelle Chouinard, Marc Desrosiers and Kathy Lévesque*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

[1] WAGNER J. — The appellant, Les Immeubles Jacques Robitaille inc., is appealing a decision of the Quebec Court of Appeal dated February 7, 2013 to restore a conviction entered by the Municipal Court of Québec, which had ordered the appellant to pay a \$200 fine for violating a zoning by-law. Since 1998, the appellant has owned a piece of property on which it operates a commercial parking lot. This is a non-conforming use under the zoning by-law that has been in force since 1979. It would have been possible for the appellant to avoid penal liability by proving the existence of acquired rights, but it has not succeeded in doing so.

[2] The appeal relates exclusively to the circumstances in which the doctrine of estoppel can be relied on in order to avoid penal liability.

[3] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

[4] Estoppel is of no assistance to a litigant who wishes to avoid the application of a clear legislative provision, including, as in the instant case, one that establishes a strict liability regulatory offence. Moreover, the possibility of a court's refusing to order the cessation of a non-conforming use in a civil proceeding under the *Act respecting land use planning and development*, CQLR, c. A-19.1, cannot on its own constitute a reasonable doubt for the purpose of defending against a charge with respect to a strict liability penal offence. Finally, the facts of this case support neither the due diligence defence nor the defence of officially induced error.

*Isabelle Chouinard, Marc Desrosiers et Kathy Lévesque*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] LE JUGE WAGNER — L'appelante, Les Immeubles Jacques Robitaille inc., se pourvoit contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec rendu le 7 février 2013, qui a rétabli la déclaration de culpabilité prononcée par la Cour municipale de Québec qui l'avait condamnée à une amende de 200 \$ pour une infraction à un règlement de zonage. Depuis 1998, l'appelante est propriétaire d'un bien-fonds sur lequel elle exploite un stationnement à vocation commerciale. Il s'agit d'un usage dérogatoire au règlement de zonage en vigueur depuis 1979. L'appelante pouvait échapper à sa responsabilité pénale en démontrant l'existence de droits acquis. Elle a échoué.

[2] Le pourvoi porte exclusivement sur les circonstances dans lesquelles la doctrine de la préclusion (« *estoppel* » en anglais) peut être invoquée pour échapper à la responsabilité pénale.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

[4] La préclusion n'est d'aucun secours pour se soustraire à l'application d'une disposition législative claire, y compris, comme c'est le cas en l'espèce, une infraction de responsabilité stricte en matière de réglementation. De plus, la simple possibilité qu'un tribunal refuse d'ordonner la cessation d'un usage dérogatoire dans le cadre d'un recours civil entrepris en vertu de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, RLRQ, ch. A-19.1, ne saurait constituer un doute raisonnable permettant de repousser une infraction pénale de responsabilité stricte. Finalement, les faits de la présente espèce ne donnent ouverture ni à la défense de diligence raisonnable, ni à celle d'erreur induite par une personne en autorité.

### I. Facts and Judicial History

[5] The appellant owns property located at what would be 800 to 816 Côte d'Abraham in the city of Québec, which it purchased on December 3, 1998. A commercial parking lot has been operated on the property since 1995, and it is managed by a mandatary specializing in such work.

[6] Since the by-law entitled *Règlement n° 2613* came into force on June 18, 1979, the operation of a parking lot for commercial purposes on the property in question has been a non-conforming use under the zoning rules that apply in the sector. The appellant admits at the outset that its use of the property is prohibited in the zone in which the property is located (A.F., at para. 26).

[7] In October 2001, the respondent paid the appellant \$3,240 in compensation for having to relocate certain parking spaces because of free-way construction work next to the property. In July 2002, the appellant sold the respondent a piece of the property. The deed of sale provided for the [TRANSLATION] “preservation of the vendor’s present rights” and the construction, at the respondent’s expense, of stairs and of a vehicle entrance to provide access to the parking lot on the remainder of the property still owned by the appellant. The respondent also collected municipal taxes, at a non-residential rate, on the property in question. Finally, the respondent installed signs on the public road to indicate that there was a parking lot on the appellant’s property. These, in summary, are the actions of the municipality on which the appellant relies in support of its argument based on the doctrine of estoppel.

[8] In July 2008, a statement of offence was issued against the appellant for permitting or tolerating a non-conforming use and thereby contravening arts. 40, 83 and 359 of the *Règlement de l'arrondissement La Cité sur le zonage et l'urbanisme*, City of Québec By-law VQZ-3 (“By-law”). The offence in question is one of strict liability, and the minimum

### I. Faits et historique judiciaire

[5] L'appelante est propriétaire d'un bien-fonds correspondant aux numéros d'immeuble 800 à 816, Côte d'Abraham, dans la ville de Québec, dont elle a fait l'acquisition le 3 décembre 1998. Depuis 1995, un stationnement commercial y est exploité, dont la gestion est confiée à un mandataire spécialisé dans le domaine.

[6] L'exploitation d'un stationnement à des fins commerciales sur ce bien-fonds constitue, depuis l'entrée en vigueur du *Règlement n° 2613*, le 18 juin 1979, un usage dérogatoire au zonage applicable dans ce secteur. L'appelante reconnaît d'entrée de jeu que l'usage qu'elle fait du bien-fonds est effectivement interdit dans la zone où il est situé (m.a., par. 26).

[7] En octobre 2001, l'intimée a versé à l'appelante la somme de 3 240 \$ à titre d'indemnité pour la relocalisation de certains espaces de stationnement en raison de travaux de réaménagement de l'autoroute à proximité du bien-fonds. En juillet 2002, l'appelante a vendu à l'intimée une parcelle de terrain faisant partie de son bien-fonds. L'acte de vente prévoyait le « maintien des droits actuels de la venderesse » et la construction, aux frais de l'intimée, d'un escalier et d'une entrée charretière afin de permettre l'accès au stationnement situé sur la partie résiduelle du bien-fonds appartenant toujours à l'appelante. L'intimée a également perçu des taxes municipales, suivant un taux non résidentiel, à l'égard du bien-fonds en question. Enfin, l'intimée a installé sur la voie publique des panneaux indiquant la présence d'un stationnement sur le terrain de l'appelante. Voilà, en résumé, les faits et gestes de la municipalité invoqués par l'appelante au soutien de son argument fondé sur la doctrine de la préclusion.

[8] En juillet 2008, un constat d'infraction a été délivré contre l'appelante, lui reprochant d'avoir permis ou toléré l'exercice d'un usage dérogatoire et contrevenu ainsi aux art. 40, 83 et 359 du *Règlement de l'arrondissement La Cité sur le zonage et l'urbanisme*, Règlement VQZ-3 de la Ville de Québec (« Règlement »). Il s'agit d'une infraction de

fine for a first offence is \$200. The appellant pleaded not guilty, and a penal proceeding was instituted against it in the Municipal Court under s. 576 of the *Cities and Towns Act*, CQLR, c. C-19:

**576.** Penal proceedings for an offence under a provision of this Act, the charter, a by-law, a resolution or an order of the council may be instituted by the municipality.

[9] The respondent could also have proceeded under s. 227 of the *Act respecting land use planning and development* by requesting that the Superior Court order the cessation of the non-conforming use:

**227.** The Superior Court may, at the request of the Attorney General, the responsible body, the municipality or any other interested person, order the cessation of

(1) a use of land or a structure incompatible with

(a) a zoning, subdivision or building by-law . . . .

[10] In the Municipal Court, the appellant admitted to the non-conforming use but invoked the existence of acquired rights. It called as a witness the treasurer of the Congrégation de Saint-Vincent de Paul, who had frequented an establishment located on the property in question. The treasurer stated that he had consulted some colleagues, who had told him that parking spaces had been rented somewhat informally since 1970 to people who worked in a building on the other side of the street. In a letter dated October 21, 2009 to the parking lot manager, the treasurer wrote that the Congrégation had offered [TRANSLATION] “occasional” parking since the early 1970s.

[11] This was the only evidence obtained by the appellant to support its arguments concerning the use of the property as a commercial parking lot before 1979.

responsabilité stricte punissable d’une amende minimale de 200 \$ en cas de première infraction. L’appelante a plaidé non coupable et une procédure pénale a été déposée contre elle devant la Cour municipale en vertu de l’art. 576 de la *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, ch. C-19 :

**576.** Une poursuite pénale pour la sanction d’une infraction à une disposition de la présente loi, de la charte ou d’un règlement, d’une résolution ou d’une ordonnance du conseil peut être intentée par la municipalité.

[9] L’intimée aurait pu également entreprendre un recours en vertu de l’art. 227 de la *Loi sur l’aménagement et l’urbanisme* et demander à la Cour supérieure d’ordonner la cessation de l’usage dérogatoire :

**227.** La Cour supérieure peut, sur requête du procureur général, de l’organisme compétent, de la municipalité ou de tout intéressé, ordonner la cessation :

1° d’une utilisation du sol ou d’une construction incompatible avec :

a) un règlement de zonage, de lotissement ou de construction . . .

[10] Devant la Cour municipale, l’appelante a reconnu l’usage dérogatoire, mais a invoqué l’existence de droits acquis. Elle a présenté en preuve le témoignage du trésorier de la Congrégation de Saint-Vincent de Paul, qui avait fréquenté un établissement situé sur le bien-fonds en question. Ce dernier a affirmé avoir consulté des confrères qui lui auraient dit que, depuis 1970, des espaces de stationnement étaient loués de façon un peu informelle à des employés travaillant dans un édifice situé de l’autre côté de la rue. Dans une lettre datée du 21 octobre 2009 et adressée au gestionnaire du stationnement, le trésorier affirmait que la Congrégation offrait le service de stationnement « dit de dépannage » dès le début des années 70.

[11] Voilà les seuls éléments de preuve recueillis par l’appelante pour appuyer ses prétentions sur l’usage du bien-fonds comme stationnement commercial avant 1979.

[12] The Municipal Court judge found that these observations constituted hearsay and that they indicated an accessory use (2011 QCCM 167 (CanLII)). He rejected the defence of acquired rights on the basis that there was no evidence establishing that the operation of a parking lot had been the principal use prior to the adoption of the zoning by-law in 1979. Moreover, the judge held, the fact that the respondent had tolerated the use over the years could not be a basis for a finding of acquired rights. Because the elements of the offence had been established, the judge convicted the appellant of the offence with which it was charged and fined it \$200.

[13] The appellant appealed its conviction to the Quebec Superior Court (2012 QCCS 806 (CanLII)), where it once again unsuccessfully raised the defence of acquired rights. It also raised the doctrine of estoppel, relying on the statement of Rochon J.A. of the Quebec Court of Appeal in *Ville de Montréal v. Chapdelaine*, [2003] R.J.Q. 1417 (“*Chapdelaine*”), that in the context of the proceeding under s. 227 of the *Act respecting land use planning and development*, there is a certain discretion that arises out of the doctrine of estoppel. In support of its arguments, the appellant also relied on the wording of the clause in the contract of sale entered into with the respondent on July 2, 2002, which provided for the [TRANSLATION] “preservation of . . . present rights”, and it stressed the nature of the work done by the respondent (construction of stairs and of a vehicle entrance to provide access to the parking lot), the compensation paid by the latter for loss of parking income and the installation of a sign on the public road to indicate the existence of the public parking lot.

[14] The Superior Court judge who heard the case acquitted the appellant. He expressed the opinion that the respondent’s unilateral decision to institute a penal proceeding rather than the proceeding under s. 227 of the *Act respecting land use planning and development* had made it impossible for the appellant to plead estoppel, and found that there was a reasonable doubt in the appellant’s favour. It would have been open to the Superior Court, in the

[12] Le juge de la Cour municipale a conclu que ces observations constituaient du ouï-dire et faisaient état d’un usage accessoire (2011 QCCM 167 (CanLII)). Il a rejeté le moyen de défense fondé sur les droits acquis, vu l’absence de preuve établissant que le stationnement avait été exploité à titre d’usage principal avant l’adoption du règlement de zonage en 1979. De plus, selon le juge, la tolérance manifestée par l’intimée au fil des ans ne pouvait servir de fondement à la reconnaissance de droits acquis. Les éléments de l’infraction étant établis, il a déclaré l’appelante coupable de l’infraction reprochée et lui a imposé une amende de 200 \$.

[13] En appel devant la Cour supérieure du Québec (2012 QCCS 806 (CanLII)), l’appelante a de nouveau invoqué sans succès la défense des droits acquis. Elle a également plaidé la doctrine de la préclusion en s’appuyant sur les motifs énoncés par le juge Rochon de la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Ville de Montréal c. Chapdelaine*, [2003] R.J.Q. 1417 (« *Chapdelaine* »). Selon ce dernier, le recours prévu par l’art. 227 de la *Loi sur l’aménagement et l’urbanisme* confère un certain pouvoir discrétionnaire dont la doctrine de la préclusion serait la source. Au soutien de ses prétentions, l’appelante a invoqué en outre le libellé de la clause du contrat de vente conclu avec l’intimée, le 2 juillet 2002, qui prévoyait le « maintien des droits actuels », et elle a souligné la nature des travaux effectués par l’intimée (construction d’un escalier et aménagement d’une entrée charretière pour donner accès au stationnement), l’indemnité versée par cette dernière pour la perte de revenus de stationnement et l’installation d’un panneau sur la voie publique signalant l’existence du stationnement public.

[14] Le juge de la Cour supérieure saisi du dossier a acquitté l’appelante. D’avis que la décision unilatérale de l’intimée d’entreprendre un recours pénal plutôt que le recours prévu par l’art. 227 de la *Loi sur l’aménagement et l’urbanisme* avait privé l’appelante de la possibilité de soulever la préclusion, il a conclu qu’il subsistait un doute raisonnable en faveur de celle-ci. La Cour supérieure aurait pu, dans le cadre d’un recours fondé sur l’art. 227,

context of a request under s. 227, to deny the request by exercising its discretion in such matters.

[15] The Court of Appeal allowed the respondent's appeal and restored the conviction (2013 QCCA 219, 6 M.P.L.R. (5th) 36). It found that the Superior Court judge had erred in law, as he had had no choice but to convict the respondent once he was satisfied that it had committed an offence and could not validly claim to have acquired rights. The mere fact that a request for an order to cease the non-conforming use could have been made under s. 227, together with the accompanying risk that the request might be denied, could not raise a reasonable doubt as to the appellant's penal liability.

## II. Issues

[16] This appeal raises the following questions:

- A. Can the doctrine of estoppel be relied on in a penal proceeding instituted to enforce a municipal zoning by-law?
- B. Do the respondent's actions ground a defence that is available in the penal law context?

## III. Analysis

- A. *Can the Doctrine of Estoppel Be Relied on in a Penal Proceeding Instituted to Enforce a Municipal Zoning By-law?*

[17] According to the appellant, the doctrine of estoppel can be raised as a defence in a penal proceeding instituted to enforce a zoning by-law. The reason for this is that the Superior Court has a certain discretion (arising, in the appellant's view, out of the doctrine of estoppel) when considering a request under s. 227, and the appellant argues that that court should also have a similar discretion in a penal proceeding. In the appellant's opinion,

rejeter ce recours en application du pouvoir discrétionnaire dont elle dispose en semblable matière.

[15] La Cour d'appel a accueilli le pourvoi formé par l'intimée et rétabli la déclaration de culpabilité (2013 QCCA 219, 6 M.P.L.R. (5th) 36). Elle a conclu que le juge de la Cour supérieure avait fait erreur en droit, car, une fois convaincu que l'appelante était en situation d'infraction et ne pouvait valablement prétendre à des droits acquis, il n'avait d'autre choix, selon la Cour d'appel, que de conclure à la culpabilité. Le seul fait qu'un recours fondé sur l'art. 227 aurait pu être entrepris pour faire cesser l'usage dérogatoire, avec le risque attendant qu'il échoue, ne pouvait soulever un doute raisonnable sur la responsabilité pénale de l'appelante.

## II. Questions en litige

[16] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

- A. La doctrine de la préclusion peut-elle être invoquée dans le cadre d'un recours pénal portant sur l'application d'un règlement municipal de zonage?
- B. Les faits et gestes de l'intimée donnent-ils ouverture à une défense admissible en droit pénal?

## III. Analyse

- A. *La doctrine de la préclusion peut-elle être invoquée dans le cadre d'un recours pénal portant sur l'application d'un règlement municipal de zonage?*

[17] Selon l'appelante, la doctrine de la préclusion peut être invoquée en défense dans un recours pénal portant sur l'application d'un règlement de zonage. Il en serait ainsi parce que la Cour supérieure possède un certain pouvoir discrétionnaire (dont la doctrine de la préclusion serait la source) lorsqu'elle est saisie d'un recours fondé sur l'art. 227. De l'avis de l'appelante, le recours pénal devrait donc lui aussi conférer un semblable pouvoir discrétionnaire.

it would be unfair not to apply the doctrine of estoppel in such a case, since a penal proceeding is less advantageous to it when compared with a civil proceeding. According to the appellant, a civil proceeding could, in exceptional circumstances, be decided in its favour despite a non-conforming use, which could result in conflicting judgments should it be convicted in a penal proceeding. The appellant submits that the respondent could exert economic pressure on it by fining it repeatedly even though the civil proceeding was decided in the appellant's favour.

[18] The respondent argues that a party cannot raise the doctrine of estoppel in the face of a clear legislative provision, regardless of whether the recourse is civil or penal in nature. It also submits that the application of this doctrine must be considered in light of the other principles of administrative law.

(1) Estoppel in the Context of a Strict Liability Offence

[19] In the public law context, promissory estoppel requires proof of a clear and unambiguous promise made to a citizen by a public authority in order to induce the citizen to perform certain acts. In addition, the citizen must have relied on the promise and acted on it by changing his or her conduct (*Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281 (“*Mount Sinai*”), at paras. 45-46, quoting *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50; J.-P. Villaggi, *L'Administration publique québécoise et le processus décisionnel: Des pouvoirs au contrôle administratif et judiciaire* (2005), at p. 329).

[20] However, the doctrine of estoppel must yield in the public law context to an overriding public interest and may not be invoked to prevent the application of an express legislative provision (*Mount Sinai*, at para. 47; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211, at p. 220).

Elle estime qu'il serait injuste de ne pas appliquer la doctrine de la préclusion dans un tel cas, puisque le recours pénal lui est désavantageux par rapport au recours civil. L'appelante prétend que le recours civil pourrait exceptionnellement trancher en sa faveur même en présence d'un usage dérogatoire, entraînant la possibilité de jugements contradictoires avec un jugement obtenu au pénal la déclarant coupable d'une infraction. Selon l'appelante, l'intimée pourrait exercer des pressions économiques sur elle en lui imposant des amendes répétées, malgré un jugement portant sur le recours civil en faveur de l'appelante.

[18] Pour sa part, l'intimée soutient qu'une partie ne peut invoquer la doctrine de la préclusion à l'encontre d'une disposition législative claire, qu'elle soit de nature civile ou pénale. Elle avance également que l'application de cette doctrine doit être envisagée à l'aune des autres principes du droit administratif.

(1) La préclusion à l'encontre d'une infraction de responsabilité stricte

[19] En droit public, la préclusion promissoire (*promissory estoppel*) exige la preuve d'une promesse claire et non équivoque faite par l'autorité publique à un justiciable afin de l'inciter à accomplir certains actes. De plus, il est nécessaire que ce dernier se fie à cette promesse et agisse sur la foi de celle-ci pour modifier son comportement (*Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281 (« *Mont-Sinaï* »), par. 45-46, citant *Maracle c. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 R.C.S. 50; J.-P. Villaggi, *L'Administration publique québécoise et le processus décisionnel: Des pouvoirs au contrôle administratif et judiciaire* (2005), p. 329).

[20] Cependant, la doctrine de la préclusion en droit public doit céder devant un intérêt public prépondérant, et elle ne peut être invoquée pour contester l'application d'une disposition explicite de la loi (*Mont-Sinaï*, par. 47; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211, p. 220).



[21] Furthermore, although the doctrine of estoppel has been applied against public authorities in the past, the promises made by the representatives of the authorities in those cases were not unlawful, or were actually consistent with a statutory discretion (*Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation and Communications* (1976), 14 O.R. (2d) 49 (C.A.); *Sous-ministre du Revenu du Québec v. Transport Lessard (1976) Ltée*, [1985] R.D.J. 502 (C.A.); *Aurchem Exploration Ltd. v. Canada* (1992), 91 D.L.R. (4th) 710; *Kenora (Town) Hydro Electric Commission v. Vacationland Dairy Co-operative Ltd.*, [1994] 1 S.C.R. 80).

[22] As Binnie J. stated in *Mount Sinai*, “[p]ublic law estoppel clearly requires an appreciation of the legislative intent embodied in the power whose exercise is sought to be estopped” (para. 47). In the case at bar, the appellant argues that owing to estoppel, it was not open to the respondent to issue the statement of offence against it under the zoning by-law (A.F., at para. 85). The offence in question in the instant case results from the combined effect of arts. 40, 83 and 359 of the By-law:

[TRANSLATION]

**359.** [Offences]

Every person who contravenes the provisions of this by-law is guilty of an offence and liable on conviction:

. . .

Where the offender is a legal person, the sanctions to be imposed are as follows:

(1) for a first offence, a minimum fine of \$200 and costs . . .

[23] The penal recourse exists to enable a municipality to enforce zoning by-laws, which are adopted to ensure harmonious development of the urban area (M.-A. LeChasseur, *Le zonage en droit québécois* (2006), at p. 1). Moreover, [TRANSLATION] “zoning is established for the benefit of each of the various owners in a zone, and unlawful use by one owner is

[21] Par ailleurs, bien que la doctrine de la préclusion ait été appliquée contre des autorités publiques dans le passé, les promesses faites par les représentants de celles-ci n’étaient pas contraires à la loi, ou elles étaient dans les faits conformes à un pouvoir discrétionnaire prévu par la loi (*Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation and Communications* (1976), 14 O.R. (2d) 49 (C.A.); *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Transport Lessard (1976) Ltée*, [1985] R.D.J. 502 (C.A.); *Aurchem Exploration Ltd. c. Canada*, [1992] A.C.F. n° 427 (QL); *Commission hydro-électrique de Kenora (Ville) c. Vacationland Dairy Co-operative Ltd.*, [1994] 1 R.C.S. 80).

[22] Comme l’indiquait le juge Binnie dans *Mont-Sinaï*, « [l]a préclusion en droit public exige clairement que l’on détermine l’intention que le législateur avait en conférant le pouvoir dont on cherche à empêcher l’exercice » (par. 47). En l’espèce, l’appelante soutient que la préclusion empêche l’intimée de déposer contre elle le constat d’infraction au règlement de zonage (m.a., par. 85). L’infraction visée est une combinaison des art. 40, 83 et 359 du Règlement :

**359.** [Infractions]

Quiconque contrevient aux dispositions du présent règlement commet une infraction et est passible, sur déclaration de culpabilité :

. . .

Lorsque le contrevenant est une personne morale, les sanctions à appliquer sont les suivantes :

1° pour la première infraction, une amende minimale de 200 \$ et les frais . . .

[23] Or, le recours pénal existe pour permettre aux municipalités de faire respecter les règlements de zonage, qui sont adoptés pour encadrer le développement harmonieux du territoire urbain (M.-A. LeChasseur, *Le zonage en droit québécois* (2006), p. 1). Qui plus est, « le zonage est édicté au profit de tous et chacun des divers propriétaires d’une zone

generally at the expense of the rights of the others” (*Mascouche (Ville) v. Thiffault*, 1996 CanLII 6503 (Que. C.A.), at p. 4). In my opinion, the public interest must be taken into account in adopting a zoning by-law, and the by-law’s penal provisions ensure that it is complied with. Given how explicit this provision is, the doctrine of estoppel is of no assistance to the appellant.

[24] The application of public law promissory estoppel could force a public authority to exercise a discretion in a particular way (Villaggi, at p. 329). The adoption or amendment of a municipal by-law generally falls within the discretion of the municipal council (J. Héту and Y. Duplessis, *Droit Municipal: Principes généraux et contentieux* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at para. 11.25; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 722). However, the same is not true of ensuring compliance with municipal by-laws: [TRANSLATION] “Although it is generally agreed that municipal authorities have a broad discretion in exercising their power to adopt by-laws, the situation is quite different when it comes to the enforcement of by-laws: at that stage, any discretion must give way to the principle of equality before the law” (*Loblaw Québec Ltée v. Alimentation Gérard Villeneuve (1998) inc.*, [2000] R.J.Q. 2498 (C.A.), at para. 79, citing *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 S.C.R. 222).

[25] Although a municipality is not under an obligation to do everything it can to ensure compliance with its by-laws and cannot be compelled to enforce them (s. 576 of the *Cities and Towns Act*; Héту and Duplessis, at para. 8.203), neither can it grant citizens a right to non-conforming uses on its territory. The authorization by a municipal employee or elected official of a use that violates a provision of a by-law cannot create rights or oust the applicable standards set out in the by-law (Héту and Duplessis, at para. 8.207; *Sainte-Barbe (Municipalité de la paroisse) v. Cadieux*, 2004 CanLII 20665 (Que. Sup. Ct.), at para. 66).

et l’usage illégal par l’un s’exerce généralement au détriment du droit des autres » (*Mascouche (Ville) c. Thiffault*, 1996 CanLII 6503 (C.A. Qué.), p. 4). Je suis d’avis que l’adoption de la réglementation en matière de zonage doit tenir compte de l’intérêt public, et les dispositions pénales réglementaires en assurent le respect. En présence d’une telle disposition réglementaire explicite, la doctrine de la préclusion n’est d’aucun secours à l’appelante.

[24] L’application de la préclusion promissoire en droit public pourrait forcer l’autorité publique à exercer un pouvoir discrétionnaire dans un sens donné (Villaggi, p. 329). L’adoption ou la modification d’un règlement municipal relève généralement du pouvoir discrétionnaire du conseil municipal (J. Héту et Y. Duplessis, *Droit Municipal : Principes généraux et contentieux* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, par. 11.25; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 722). Toutefois, il en va autrement du respect des règlements municipaux. En effet, « [s]i on reconnaît généralement une large discrétion aux autorités municipales dans l’exercice de leur pouvoir réglementaire, la situation est tout autre lorsqu’on est à l’étape de la mise en application des règlements : toute discrétion doit alors être écartée au nom du principe de l’égalité de tous devant la loi » (*Loblaw Québec Ltée c. Alimentation Gérard Villeneuve (1998) inc.*, [2000] R.J.Q. 2498 (C.A.), par. 79, citant *City of Verdun c. Sun Oil Co.*, [1952] 1 R.C.S. 222).

[25] Bien qu’une municipalité n’ait pas l’obligation de prendre tous les moyens à sa disposition pour assurer le respect de ses règlements, et qu’elle ne puisse être contrainte de les appliquer (art. 576 de la *Loi sur les cités et villes*; Héту et Duplessis, par. 8.203), elle ne peut consentir à un justiciable le droit d’exercer un usage dérogatoire sur son territoire. Le fait qu’un préposé ou un élu municipal ait autorisé un usage qui entraîne la violation d’une disposition réglementaire ne peut avoir pour effet de créer des droits ou d’écarter les normes réglementaires applicables (Héту et Duplessis, par. 8.207; *Sainte-Barbe (Municipalité de la paroisse) c. Cadieux*, 2004 CanLII 20665 (C.S. Qué.), par. 66).

[26] Insofar as the appellant in the case at bar is arguing that the substance of the promise was an authorization to violate the zoning by-law (a “promise” that flowed from the respondent’s actions or from a tolerance on its part), the only possible conclusion is that such a promise cannot lead to the application of public law estoppel. Since a municipality cannot deviate from its zoning by-laws or authorize such a deviation (with the exception of minor exemptions under s. 145.1 of the *Act respecting land use planning and development*), it cannot be forced to do so by means of the doctrine of estoppel.

[27] As the Quebec Court of Appeal rightly concluded in *Québec (Ville de) v. Société immobilière du Québec*, 2013 QCCA 305 (CanLII), at paras. 61-62:

[TRANSLATION] The effect of “promissory estoppel” is to prevent an authority from deviating from its undertakings. However, there is an important qualification to this doctrine, namely that the authority in question may not make undertakings that are contrary to law or to the public interest. This is what the Supreme Court held in *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)* . . . .

In my opinion, therefore, the doctrine of “promissory estoppel” would not have been available if no exception had been applicable. If a citizen is subject to the *By-law*, a municipality must [require that it be complied with].

[28] Analogies with other penal offence schemes are not without relevance in this regard. For example, a public authority cannot be precluded from issuing a statement of offence against an individual who allegedly contravened the highway safety code on the basis that the authority has never done so before or that some of its representatives suggested to the individual that his or her conduct was acceptable. Strict liability regulatory offences are adopted in the public interest (*R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299), are specific and have the force of law — including against the public authority that adopted and enforces them. The doctrine of public law estoppel cannot prevent their being applied.

[26] En l’espèce, dans la mesure où l’appelante prétend que le contenu de la promesse était une permission d’enfreindre le règlement de zonage (« promesse » qui découlerait des actes ou de la tolérance de l’intimée), il faut forcément conclure qu’une telle promesse ne peut donner ouverture à la préclusion en droit public. Comme une municipalité ne peut elle-même déroger à sa réglementation en matière de zonage, ni autoriser une telle dérogation (à l’exception des dérogations mineures visées à l’art. 145.1 de la *Loi sur l’aménagement et l’urbanisme*), elle ne peut être contrainte de le faire par application de la doctrine de la préclusion.

[27] Comme a à juste titre conclu la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Québec (Ville de) c. Société immobilière du Québec*, 2013 QCCA 305 (CanLII), par. 61-62 :

L’effet de la « préclusion promissoire » est d’empêcher une autorité de déroger à ses engagements. Cette doctrine comporte cependant un tempérament important selon lequel l’autorité en question ne peut prendre des engagements qui sont contraires à la loi ou à l’intérêt public. C’est ce que la Cour suprême a décidé dans *Centre Hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)* . . . .

Je suis donc d’avis que la doctrine de la « préclusion promissoire » n’aurait pas été disponible si aucune exception n’avait été applicable. Lorsque le citoyen est assujéti au *Règlement*, une municipalité doit [en exiger le respect].

[28] Il n’est pas sans intérêt d’établir des analogies avec d’autres régimes d’infractions pénales. À titre d’exemple, on ne pourrait empêcher une autorité publique de délivrer un constat d’infraction à un individu qui aurait enfreint le code de la sécurité routière, au motif qu’elle ne l’aurait jamais fait auparavant ou que certains de ses représentants auraient laissé croire à cet individu que son comportement était acceptable. Les infractions de responsabilité stricte en matière de réglementation sont adoptées dans l’intérêt public (*R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299), elles sont explicites et elles ont force de loi — y compris contre l’autorité publique qui les a adoptées et les applique. La doctrine de la préclusion en droit public ne saurait faire échec à leur application.

[29] In short, the doctrine of estoppel cannot be relied on as a defence in the case of a regulatory offence. It is well established that this doctrine cannot be raised in a public law context in the face of a clear legislative provision. In the instant case, the by-law is clear, and it creates a strict liability offence on grounds related to the public interest and does not authorize the municipality to consent to a non-conforming use.

[30] Nor, it should be added — although it is not necessary to do so to decide this appeal, which arises in a penal law context — can estoppel be raised as a defence in a civil proceeding relating to an express provision of a by-law in which a non-conforming use is at issue. The principle that estoppel cannot be raised in the face of an express legislative provision is valid both in the penal law context and in that of a civil proceeding.

(2) Duality of Recourses Established by the Legislature

[31] The legislature has given municipalities two types of recourses for enforcing zoning by-laws, one that is penal in nature and another that is civil in nature. A municipality is free either to issue a statement of offence and institute a penal proceeding in order to sanction a use that contravenes its planning by-laws, or to bring a civil proceeding, such as the one provided for in s. 227 of the *Act respecting land use planning and development*. Section 227 provides that the Superior Court may order the cessation of a use of land or a structure that is incompatible with a zoning by-law. It also authorizes the court to order, at the owner's expense, the demolition of the structure or the carrying out of works to bring the use of the structure into conformity with the by-law.

[32] This duality of recourses is a legislative choice that must be preserved and that is not a source of injustice. Each of the recourses is clearly defined, and they have different purposes. Whereas the purpose

[29] Somme toute, la doctrine de la préclusion n'est pas opposable à l'égard des infractions à la réglementation. Il est bien établi que cette doctrine ne peut être invoquée en droit public à l'encontre d'une disposition législative claire. En l'espèce, le règlement est explicite, il établit une infraction de responsabilité stricte pour des motifs d'intérêt public et il ne permet pas à la municipalité de consentir à un usage dérogatoire.

[30] Bien qu'il ne soit pas nécessaire de le faire pour décider du sort du présent pourvoi, qui découle d'une procédure pénale, il y a également lieu d'ajouter que la préclusion ne saurait non plus être soulevée comme moyen de défense dans un recours civil concernant une disposition de nature réglementaire explicite faisant état d'un usage dérogatoire. Le principe voulant que la préclusion ne puisse être invoquée pour contrer l'application d'une disposition explicite de la loi vaut tout autant en droit pénal que dans le cadre d'une instance civile.

(2) La dualité des recours établis par le législateur

[31] Le législateur a mis à la disposition des municipalités deux types de recours pour assurer l'application des règlements de zonage : un recours de nature pénale et un recours de nature civile. Une municipalité est libre soit de déposer un constat d'infraction et d'entreprendre un recours pénal pour sanctionner un usage contrevenant à sa réglementation en matière d'urbanisme, soit d'intenter des recours civils, dont celui prévu à l'art. 227 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*. Ce dernier permet à la Cour supérieure d'ordonner la cessation d'une utilisation du sol ou d'une construction qui est incompatible avec un règlement de zonage. Cette disposition autorise également le tribunal à ordonner la démolition de la construction ou l'exécution de travaux pour rendre l'usage de celle-ci conforme à la réglementation, et ce, aux frais du propriétaire.

[32] Cette dualité de recours est un choix du législateur, qu'il faut préserver et qui n'est pas source d'injustice. Chaque recours est clairement balisé et a des objets différents. Alors que le recours pénal

of the penal proceeding is essentially to punish past conduct by means of a fine and to deter the non-conforming use in the future, the civil proceeding can result in an order that a particular use cease for the future, although it is more cumbersome, complex and costly (L. Giroux and I. Chouinard, “Les pouvoirs municipaux en matière d’urbanisme”, in Collection de droit, vol. 7, *Droit public et administratif* (2013-14), 439). Instituting the penal proceeding enables the municipality to raise the question of acquired rights before initiating the civil proceeding, which could have serious consequences for the owner if the court were to order the cessation of the use of the structure, or the carrying out of works at the owner’s expense in order to bring the use of the structure into conformity with a by-law.

[33] As I mentioned above, the two recourses have different purposes. Moreover, as the Quebec Court of Appeal properly noted in the instant case, neither of them results in *res judicata* as regards the other. Although a municipality could theoretically persist in issuing penal statements of offence after the Superior Court has refused to order the cessation of a non-conforming use in a civil proceeding, the doctrine of abuse of process would be available to remedy such abuse, which, it bears mentioning, nevertheless remains highly hypothetical. I should also point out that there must be exceptional circumstances before a court will refuse to order the cessation of a non-conforming use under s. 227 of the *Act respecting land use planning and development* (Chapdelaine).

[34] Furthermore, the Court of Appeal was right to conclude that the mere possibility of the Superior Court’s refusing to order the cessation of a non-conforming use in a proceeding under s. 227 of the *Act respecting land use planning and development* does not raise a reasonable doubt as to the person’s guilt in a different proceeding in a penal law context. The elements of a strict liability offence in the latter context do not cease to exist simply because the court exercised its discretion judicially in the civil proceeding.

sert essentiellement à punir une conduite passée au moyen d’une amende et à dissuader l’usage dérogatoire dans le futur, le recours civil peut obliger la cessation d’un usage particulier pour l’avenir, mais il est plus lourd, plus complexe et plus onéreux (L. Giroux et I. Chouinard, « Les pouvoirs municipaux en matière d’urbanisme », dans Collection de droit, vol. 7, *Droit public et administratif* (2013-2014), 439). L’exercice du recours pénal permet aux municipalités de soulever la question des droits acquis avant d’entreprendre le recours civil, lequel est susceptible d’avoir de lourdes conséquences pour le justiciable dans l’éventualité où le tribunal ordonnerait la cessation de l’utilisation de l’ouvrage ou encore l’exécution, aux frais du propriétaire de celui-ci, de travaux pour rendre l’utilisation de cet ouvrage conforme à la réglementation.

[33] Tel qu’il a été indiqué ci-dessus, les deux recours visent des objets différents. De plus, comme l’a correctement indiqué la Cour d’appel du Québec en l’espèce, il n’y a pas autorité de la chose jugée entre les deux recours. Bien qu’il soit théoriquement possible qu’une municipalité persiste à délivrer des constats d’infraction au pénal après que la Cour supérieure ait refusé d’ordonner la cessation d’un usage dérogatoire dans le cadre d’un recours civil, la doctrine de l’abus de procédure permettrait de remédier à un tel abus qui, il y a lieu de le mentionner, demeure toutefois hautement hypothétique. Soulignons également que le refus du tribunal d’ordonner la cessation d’un usage dérogatoire en vertu de l’art. 227 de la *Loi sur l’aménagement et l’urbanisme* ne survient que dans des circonstances exceptionnelles (Chapdelaine).

[34] Qui plus est, la Cour d’appel a eu raison de conclure que la simple possibilité que la Cour supérieure puisse refuser, au terme d’un recours fondé sur l’art. 227 de la *Loi sur l’aménagement et l’urbanisme*, d’ordonner la cessation d’un usage dérogatoire ne fait pas naître de doute raisonnable sur la culpabilité de l’intéressé dans le cadre d’un recours différent basé sur le droit pénal. Les éléments constitutifs de l’infraction de responsabilité stricte en droit pénal ne sont pas éliminés du seul fait que le tribunal a exercé judiciairement son pouvoir discrétionnaire dans le recours civil.

B. *Do the Respondent's Actions Ground a Defence That Is Available in the Penal Law Context?*

[35] It is important to recall that this case concerns a strict liability offence (Héту and Duplessis, at para. 8.220). Nothing in the words of art. 359 of the By-law indicates that the legislature intended to create either an absolute liability offence or a *mens rea* offence. This means that it is open to a defendant to raise a due diligence defence and to try to prove that all possible and reasonable precautions were taken to avoid committing the offence. There is no evidence with respect to such precautions in the case at bar, however.

[36] It was possible for the appellant to avoid penal liability by proving the existence of acquired rights. However, both the Municipal Court judge and the Superior Court judge found that the appellant had not discharged its burden of proof in this regard and therefore could not rely on this defence. The Court of Appeal was right not to intervene on this point. The evidence adduced by the appellant concerning the use of the parking lot before June 18, 1979 was not sufficient to establish the existence of acquired rights.

[37] Nor could the appellant use the respondent's tolerance as a basis for a defence of error induced by the actions or words of the respondent's representatives, that is, of officially induced error.

[38] Finally, it should be borne in mind that, if the respondent's actions caused injury to the appellant, it would always have been open to the appellant to bring an action in damages (since municipalities are, by virtue of art. 1376 of the *Civil Code of Québec*, subject to the rules with respect to obligations). For example, a municipality may be liable if one of its employees has provided an incorrect interpretation of its by-laws (Héту and Duplessis, at para. 11.30). Although I will not decide whether the facts of this case might have lent themselves to such an action, I would note that the appellant was not without recourse.

B. *Les faits et gestes de l'intimée donnent-ils ouverture à une défense admissible en droit pénal?*

[35] Il importe de rappeler que nous sommes en présence d'une infraction de responsabilité stricte (Héту et Duplessis, par. 8.220). Le libellé de l'art. 359 du Règlement n'indique nullement l'intention du législateur de créer une infraction de responsabilité absolue ou une infraction requérant la preuve de la *mens rea*. En conséquence, le justiciable est admis à présenter une défense de diligence raisonnable et à tenter de démontrer qu'il a pris toutes les précautions possibles et raisonnables pour éviter de commettre l'infraction. Toutefois, il n'existe aucune preuve à cet effet en l'espèce.

[36] L'appelante pouvait échapper à sa responsabilité pénale en démontrant l'existence de droits acquis. Cependant, tant le juge de la Cour municipale que celui de la Cour supérieure ont conclu qu'elle n'avait pas satisfait à son fardeau de preuve à cet égard et qu'elle ne pouvait donc profiter de ce moyen de défense. La Cour d'appel a eu raison de ne pas intervenir sur ce point. La preuve présentée par l'appelante concernant l'usage du stationnement avant le 18 juin 1979 n'était pas suffisante pour établir l'existence de droits acquis.

[37] De plus, la tolérance manifestée par l'intimée n'aurait pu permettre à l'appelante d'invoquer une défense fondée sur l'erreur provoquée par les gestes ou les paroles des représentants de l'intimée, soit l'erreur provoquée par une personne en autorité.

[38] Finalement, il convient de rappeler que, dans l'éventualité où les gestes de l'intimée auraient causé un préjudice à l'appelante, cette dernière pouvait toujours tenter une action en dommages et intérêts (les municipalités étant assujetties en vertu de l'art. 1376 du *Code civil du Québec* aux règles relatives aux obligations). À titre d'exemple, une municipalité peut engager sa responsabilité en raison d'une interprétation erronée de sa réglementation fournie par un de ses préposés (Héту et Duplessis, par. 11.30). Sans pour autant me prononcer sur la question de savoir si les faits de l'espèce s'y prêtaient, je tiens à souligner que l'appelante n'était pas sans recours.

[39] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Hickson Noonan, Québec.*

*Solicitors for the respondent: Giasson et Associés, Québec.*

[39] Pour ces motifs, je rejetterais le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Hickson Noonan, Québec.*

*Procureurs de l'intimée : Giasson et Associés, Québec.*

**Union Carbide Canada Inc. and  
Dow Chemical Canada Inc. (now known as  
Dow Chemical Canada ULC) Appellants**

v.

**Bombardier Inc., Bombardier Recreational  
Products Inc. and Allianz Global Risks  
US Insurance Company Respondents**

and

**Attorney General of British Columbia and  
Arbitration Place Inc. Interveners**

**INDEXED AS: UNION CARBIDE CANADA INC. v.  
BOMBARDIER INC.**

**2014 SCC 35**

File No.: 35008.

2013: December 11; 2014: May 8.

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

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

*Civil procedure — Offer to settle — Settlement privilege — Exception — Allegations in motion for homologation of settlement opposed on ground that mediation contract prevented parties from referring to events taking place during mediation process — Whether mediation contract with absolute confidentiality clause can displace common law settlement privilege, including exception to privilege where party seeks to prove existence or scope of settlement — Whether clause permitted parties to use confidential information to prove terms of settlement — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 151.21.*

The parties are entangled in a decades-long, multi-million dollar civil suit about defective gas tanks used on Sea-Doo personal watercraft. B claimed that the tanks supplied by D were unfit for the use for which they had been intended and commenced an action for

**Union Carbide Canada Inc. et  
Dow Chemical Canada Inc. (maintenant  
connues sous le nom de Dow Chemical  
Canada ULC) Appelantes**

c.

**Bombardier Inc., Bombardier produits  
récréatifs Inc. et Allianz Global Risks  
US Insurance Company Intimées**

et

**Procureur général de la Colombie-Britannique  
et Arbitration Place Inc. Intervenants**

**RÉPERTORIÉ : UNION CARBIDE CANADA INC. c.  
BOMBARDIER INC.**

**2014 CSC 35**

N° du greffe : 35008.

2013 : 11 décembre; 2014 : 8 mai.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Procédure civile — Offre de règlement — Privilège relatif aux règlements — Exception — Allégations d'une requête en homologation d'un règlement contestées au motif que le contrat de médiation empêchait les parties de faire état du déroulement de la médiation — Le contrat de médiation comportant une clause de confidentialité absolue peut-il écarter le privilège relatif aux règlements de la common law, y compris l'exception à ce privilège, lorsqu'une partie cherche à prouver l'existence ou la portée du règlement? — La clause permet-elle aux parties d'utiliser des renseignements confidentiels afin de faire la preuve des modalités d'un règlement? — Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 151.21.*

Les parties sont empêtrées depuis des décennies dans une action civile de plusieurs millions de dollars au sujet de réservoirs à carburant pour motomarines défectueux. B affirme que des réservoirs fournis par D étaient impropres à l'usage auquel ils étaient destinés et elle a



damages against D in Montréal, in the Quebec Superior Court. The parties agreed to private mediation and a standard mediation agreement was signed. It contained the following clause regarding the confidentiality of the process: “Nothing which transpires in the Mediation will be alleged, referred to or sought to be put into evidence in any proceeding”. The next day D submitted a settlement offer which B subsequently accepted. Two days after B’s acceptance, counsel for D stated that his client considered this to be a global settlement amount. Counsel for B replied that the settlement amount was for the Montréal litigation only. D did not send the discussed settlement amount, and B then filed a motion for homologation of the transaction in the Superior Court. D brought a motion to strike out the allegations contained in six paragraphs of the motion for homologation on the ground that they referred to events that had taken place in the course of the mediation process.

The motion judge held that in light of the confidentiality clause in the mediation agreement, the mediation proceedings were covered by art. 151.21 of the *Code of Civil Procedure*. She granted D’s motion to strike in part, ordering that four of the six allegations be struck because they referred to discussions that had occurred or submissions that had been made in the context of the mediation. The Court of Appeal allowed the appeal and found that the rules of the *Code of Civil Procedure* with respect to confidentiality do not apply to extrajudicial mediation proceedings. It observed that when mediation has resulted in an agreement, communications made in the course of the mediation process cease to be privileged and held that settlement privilege does not prevent a party from producing evidence of confidential communications in order to prove the existence of a disputed settlement agreement arising from mediation or to assist in the interpretation of such an agreement. The court declined to strike the allegations and left it to the judge hearing the motion for homologation to consider whether the impugned paragraphs were relevant to the identification of the terms of the agreement, in which case the exception to the common law settlement privilege would apply.

*Held:* The appeal should be dismissed.

At common law, settlement privilege is a rule of evidence that protects communications exchanged by parties as they try to settle a dispute. It applies even in the absence of statutory provisions or contract clauses with respect to confidentiality. The rule promotes honest and

intenté contre D une action en dommages-intérêts devant la Cour supérieure du Québec à Montréal. Les parties ont convenu d’une médiation privée et ont signé une entente type de médiation, laquelle renfermait la clause suivante concernant la confidentialité du processus : « Rien de ce qui pourra être dit ou écrit au cours de la médiation ne sera allégué, mentionné ou présenté en preuve dans le cadre d’une instance ». Le lendemain, D a soumis une offre de règlement que B a subséquemment acceptée. Deux jours après cette acceptation, l’avocat de D a indiqué que sa cliente considérait que le montant offert visait un règlement global. L’avocat de B a répondu que le montant du règlement visait uniquement la poursuite engagée à Montréal. D n’a pas envoyé le montant du règlement qui avait fait l’objet de discussions et B a alors déposé devant la Cour supérieure une requête en homologation du règlement. D a demandé par requête la radiation des allégations contenues dans six paragraphes de la requête en homologation au motif qu’elles faisaient état du déroulement de la médiation.

La juge saisie de la requête a conclu qu’en raison de la clause de confidentialité figurant dans l’entente de médiation, le compte-rendu de la médiation était protégé par l’art. 151.21 du *Code de procédure civile*. Elle a accueilli en partie la requête en radiation de D et a ordonné que quatre des six allégations soient radiées parce qu’elles portaient sur les discussions et communications échangées dans le cadre de la médiation. La Cour d’appel a accueilli l’appel et a conclu que les règles de confidentialité du *Code de procédure civile* ne s’appliquent pas à la médiation extrajudiciaire. Elle a fait remarquer que les communications faites au cours de la médiation cessent d’être privilégiées lorsqu’elles ont conduit à une entente. Elle a donc conclu que le privilège relatif aux règlements n’empêche pas une partie de produire des communications confidentielles afin de faire la preuve de l’existence d’une entente de règlement contestée découlant de la médiation, ou pour en faciliter l’interprétation. La cour a refusé de radier les allégations et a laissé au juge saisi de la requête en homologation le soin de déterminer si les paragraphes contestés permettent d’établir les modalités de l’entente, auquel cas l’exception au privilège relatif aux règlements de la common law doit s’appliquer.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

En common law, le privilège relatif aux règlements est une règle de preuve qui protège les communications échangées entre des parties qui tentent de régler un différend. Il s’applique même en l’absence de dispositions législatives ou contractuelles concernant la

frank discussions between the parties, which can make it easier to reach a settlement. However, a communication that has led to a settlement will cease to be privileged if disclosing it is necessary in order to prove the existence or the scope of the settlement. Both the common law privilege and this exception to it form part of the civil law of Quebec, which applies in this case.

A form of confidentiality is inherent in mediation in that the parties are typically discussing a settlement. This means that their communications are protected by the common law settlement privilege. However, parties can tailor their confidentiality requirements by contract, to exceed the scope of that privilege. Settlement privilege and a confidentiality clause are not the same, and they may in some circumstances conflict. One is a rule of evidence, while the other is a binding agreement; they do not afford the same protection, nor are the consequences for breaching them necessarily the same. While allowing parties to freely contract for confidentiality protection furthers the valuable public purpose of promoting settlement, contracting out of the exception to settlement privilege that applies where a party seeks to prove the terms of a settlement might prevent parties from enforcing the terms of settlements they have negotiated.

To determine whether an absolute confidentiality clause in a mediation agreement displaces this common law exception to settlement privilege, one must begin with an interpretation of the contract. It must be asked whether the confidentiality clause actually conflicts with settlement privilege or with the recognized exceptions to that privilege. Where parties contract for greater confidentiality protection than is available at common law, the will of the parties should presumptively be upheld absent such concerns as fraud or illegality. However, the mere fact of signing a mediation agreement that contains a confidentiality clause does not automatically displace the privilege and the exceptions to it. Where an agreement could have the effect of preventing the application of a recognized exception to settlement privilege, its terms must be clear.

Here, the mediation contract shows on its face a common intention on the part of the parties to be bound

confidentialité. La règle favorise les discussions franches et ouvertes entre les parties, ce qui peut faciliter le règlement du différend. Toutefois, une communication qui a conduit à un règlement cesse d'être privilégiée si sa divulgation est nécessaire pour prouver l'existence ou la portée du règlement. Ce privilège de la common law et son exception font partie du droit civil du Québec, lequel s'applique en l'espèce.

La confidentialité constitue un aspect intrinsèque de la médiation en ce que les parties à ce processus discutent généralement de possibilités de règlement. Pour cette raison, leurs communications sont protégées par le privilège relatif aux règlements de la common law. Cependant, les parties peuvent par contrat se doter, en matière de confidentialité, d'exigences supérieures à celles que leur offre ce privilège. Le privilège relatif aux règlements et la clause de confidentialité sont différents et peuvent parfois entrer en conflit. L'un est une règle de preuve, l'autre est une entente exécutoire; la portée de la protection qu'ils offrent n'est pas la même, et les conséquences en cas de manquement ne sont pas nécessairement les mêmes. Même si le fait de permettre aux parties de contracter librement en vue de renforcer la protection de la confidentialité facilite la réalisation de l'important objectif public qui consiste à favoriser les règlements extrajudiciaires, le fait d'écarter par contrat l'exception au privilège relatif aux règlements qui s'applique lorsqu'une personne cherche à prouver les modalités d'un règlement peut empêcher les parties d'exiger le respect des modalités d'un règlement négocié.

Afin de déterminer si une clause de confidentialité absolue d'une entente de médiation a pour effet d'écarter l'exception au privilège relatif aux règlements que prévoit la common law, l'analyse doit débiter par l'interprétation du contrat. Il faut se demander si la clause de confidentialité entre effectivement en conflit avec le privilège relatif aux règlements ou avec ses exceptions reconnues. Lorsque les parties concluent un contrat qui leur assure en matière de confidentialité une protection supérieure à celle qu'offre la common law, il y a lieu à première vue de confirmer leur volonté, sous réserve de préoccupations concernant la fraude ou l'illegalité. Cependant, le simple fait de signer une entente de médiation assortie d'une clause de confidentialité n'écarter pas automatiquement le privilège et ses exceptions. Lorsqu'une entente pourrait avoir pour effet d'empêcher l'application d'une exception reconnue au privilège relatif aux règlements, elle doit l'exprimer clairement.

En l'espèce, le contrat de médiation montre de toute évidence une intention commune des parties de respecter

by confidentiality in respect of anything that might transpire in the course of the mediation. However, the nature of the contract, the circumstances in which it was formed and the contract as a whole reveals that the parties did not intend to disregard the usual rule that settlement privilege can be dispensed with in order to prove the terms of a settlement. The mediation agreement was signed on the eve of the mediation with the apparent purpose of settling an ongoing dispute. It was a standard form contract provided by the mediator, and neither party amended it or added any provisions relating to confidentiality. There is no evidence that the parties thought they were deviating from the settlement privilege that usually applies. Absent an express provision to the contrary, it is unreasonable to assume that parties who have agreed to mediation for the purpose of reaching a settlement would renounce their right to prove the terms of the settlement. Consequently, in the course of the motion for homologation, parties may produce evidence insofar as it is necessary in order to prove the terms of the settlement. If sensitive information should not be made available to the public, an application can be made to the motion judge for a confidentiality order and to consider the evidence *in camera*.

### Cases Cited

**Applied:** *Sobeys Québec inc. v. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy*, 2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100; *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838; **considered:** *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522; **referred to:** *Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp.*, 2013 SCC 37, [2013] 2 S.C.R. 623; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592; *Ferlatte v. Ventes Rudolph inc.*, [1999] Q.J. No. 2735 (QL); *Kosko v. Bijimine*, 2006 QCCA 671 (CanLII); *Kelvin Energy Ltd. v. Lee*, [1992] 3 S.C.R. 235; *Sparling v. Southam Inc.* (1988), 41 B.L.R. 22; *Luger v. Empire, cie d'assurance vie*, [1991] J.Q. n° 2635 (QL); *Bloom Films 1998 inc. v. Christal Films productions inc.*, 2011 QCCA 1171 (CanLII); *Stewart v. Stewart*, 2008 ABQB 348 (CanLII); *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263.

### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Québec*, arts. 1414, 1425, 1426, 1427, 1431.

le caractère confidentiel de tout ce qui peut être dit ou écrit au cours de la médiation. Cependant, la nature du contrat, les circonstances dans lesquelles il a été conclu, ainsi que le contrat dans son ensemble révèlent que les parties n'avaient pas l'intention de passer outre à la règle habituelle voulant que le privilège relatif aux règlements soit écarté afin de faire la preuve de modalités d'un règlement. L'entente de médiation a été signée la veille de la séance de médiation et visait apparemment à régler un différend. Il s'agissait d'un contrat type fourni par le médiateur et ni l'une ni l'autre des parties ne l'a modifié ni n'y a ajouté des dispositions concernant la confidentialité. Rien n'indique que les parties estimaient qu'elles écartaient le privilège relatif aux règlements qui s'applique habituellement. En l'absence d'une disposition expresse à cet égard, il est déraisonnable de supposer que des parties qui ont consenti à une médiation dans le but de parvenir à un règlement renonceraient à leur droit de faire la preuve des modalités du règlement. En conséquence, dans le cadre de la requête en homologation, les parties peuvent produire des éléments de preuve dans la mesure où ils sont nécessaires pour prouver les modalités du règlement. S'il y a lieu de ne pas rendre accessibles au public des renseignements délicats, on peut alors demander au juge saisi de la requête de prononcer une ordonnance de confidentialité et d'examiner ces éléments de preuve à huis clos.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy*, 2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100; *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838; **arrêts examinés :** *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; **arrêts mentionnés :** *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592; *Ferlatte c. Ventes Rudolph inc.*, [1999] Q.J. No. 2735 (QL); *Kosko c. Bijimine*, 2006 QCCA 671, [2006] R.J.Q. 1539; *Kelvin Energy Ltd. c. Lee*, [1992] 3 R.C.S. 235; *Sparling c. Southam Inc.* (1988), 41 B.L.R. 22; *Luger c. Empire, cie d'assurance vie*, [1991] J.Q. n° 2635 (QL); *Bloom Films 1998 inc. c. Christal Films productions inc.*, 2011 QCCA 1171 (CanLII); *Stewart c. Stewart*, 2008 ABQB 348 (CanLII); *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*, art. 1414, 1425, 1426, 1427, 1431.

*Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25, arts. 151.16, 151.21.

*Commercial Mediation Act*, S.N.S. 2005, c. 36.

*Commercial Mediation Act, 2010*, S.O. 2010, c. 16, Sch. 3.

#### Authors Cited

- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
- Boulle, Laurence, and Kathleen J. Kelly. *Mediation: Principles, Process, Practice*. Markham, Ont.: Butterworths, 1998.
- Brown, Kent L. “Confidentiality in Mediation: Status and Implications”, [1991] *J. Disp. Resol.* 307.
- Bryant, Alan W., Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
- Crosbie, Fiona. “Aspects of Confidentiality in Mediation: A Matter of Balancing Competing Public Interests” (1995), 2 *C.D.R.J.* 51.
- Freedman, Lawrence R., and Michael L. Prigoff. “Confidentiality in Mediation: The Need for Protection” (1986), 2 *Ohio St. J. Disp. Resol.* 37.
- Glaholt, Duncan W., and Markus Rotterdam. *The Law of ADR in Canada: An Introductory Guide*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.
- Grammond, Sébastien, Anne-Françoise Debruche and Yan Campagnolo. *Quebec Contract Law*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2011.
- Gray, Owen V. “Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation” (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 667.
- Green, Eric D. “A Heretical View of the Mediation Privilege” (1986), 2 *Ohio St. J. Disp. Resol.* 1.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2012.
- Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
- Silver, Michael P. *Mediation and Negotiation: Representing Your Clients*. Markham, Ont.: Butterworths, 2001.
- Thibault, Joëlle. *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2000.
- United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002*. New York: United Nations, 2004, art. 9.

*Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25, art. 151.16, 151.21.

*Commercial Mediation Act*, S.N.S. 2005, ch. 36.

*Loi de 2010 sur la médiation commerciale*, L.O. 2010, ch. 16, ann. 3.

#### Doctrine et autres documents cités

- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
- Boulle, Laurence, and Kathleen J. Kelly. *Mediation: Principles, Process, Practice*. Markham, Ont.: Butterworths, 1998.
- Brown, Kent L. « Confidentiality in Mediation : Status and Implications », [1991] *J. Disp. Resol.* 307.
- Bryant, Alan W., Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
- Crosbie, Fiona. « Aspects of Confidentiality in Mediation : A Matter of Balancing Competing Public Interests » (1995), 2 *C.D.R.J.* 51.
- Freedman, Lawrence R., and Michael L. Prigoff. « Confidentiality in Mediation : The Need for Protection » (1986), 2 *Ohio St. J. Disp. Resol.* 37.
- Glaholt, Duncan W., and Markus Rotterdam. *The Law of ADR in Canada : An Introductory Guide*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.
- Grammond, Sébastien, Anne-Françoise Debruche and Yan Campagnolo. *Quebec Contract Law*. Montréal : Wilson & Lafleur, 2011.
- Gray, Owen V. « Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation » (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 667.
- Green, Eric D. « A Heretical View of the Mediation Privilege » (1986), 2 *Ohio St. J. Disp. Resol.* 1.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2012.
- Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale et Guide pour son incorporation dans le droit interne et son utilisation 2002*. New York : Nations Unies, 2004, art. 9.
- Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.
- Silver, Michael P. *Mediation and Negotiation : Representing Your Clients*. Markham, Ont. : Butterworths, 2001.
- Thibault, Joëlle. *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada*. Montréal : Wilson & Lafleur, 2000.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault, Rochette and Morissette J.J.A.), 2012 QCCA 1300, SOQUIJ AZ-50874424, [2012] J.Q. n° 6890 (QL), 2012 CarswellQue 7252, setting aside a decision of Corriveau J., 2012 QCCS 22, SOQUIJ AZ-50819121, [2012] J.Q. n° 39 (QL), 2012 CarswellQue 72. Appeal dismissed.

*Richard A. Hinse, Robert W. Mason and Dominique Vallières*, for the appellants.

*Martin F. Sheehan and Stéphanie Lavallée*, for the respondents.

*Jonathan Eades and Mark Witten*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*William C. McDowell and Kaitlyn Pentney*, for the intervener Arbitration Place Inc.

The judgment of the Court was delivered by

WAGNER J. —

## I. Introduction

[1] This Court recently confirmed the vital importance of the role played by settlement privilege in promoting the settlement of disputes and improving access to justice: *Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp.*, 2013 SCC 37, [2013] 2 S.C.R. 623. Settlement privilege is a common law evidentiary rule that applies to settlement negotiations regardless of whether the parties have expressly invoked it. This privilege is not the only tool available to parties, however, as parties like the appellants and the respondents in the case at bar often sign mediation agreements that provide for the confidentiality of communications made in the course of the mediation process.

[2] This case concerns the interaction between these two protections: confidentiality of communications provided for in a private mediation contract and the common law settlement privilege. More

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Thibault, Rochette et Morissette), 2012 QCCA 1300, SOQUIJ AZ-50874424, [2012] J.Q. n° 6890 (QL), 2012 CarswellQue 7252, qui a infirmé une décision de la juge Corriveau, 2012 QCCS 22, SOQUIJ AZ-50819121, [2012] J.Q. n° 39 (QL), 2012 CarswellQue 72. Pourvoi rejeté.

*Richard A. Hinse, Robert W. Mason et Dominique Vallières*, pour les appelantes.

*Martin F. Sheehan et Stéphanie Lavallée*, pour les intimées.

*Jonathan Eades et Mark Witten*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*William C. McDowell et Kaitlyn Pentney*, pour l'intervenante Arbitration Place Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WAGNER —

## I. Introduction

[1] Notre Cour a confirmé récemment l'importance cruciale du privilège relatif aux règlements lorsqu'il s'agit de favoriser le règlement des différends et d'améliorer l'accès à la justice : *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623. Le privilège relatif aux règlements est une règle de preuve de la common law qui s'applique aux négociations en vue d'un règlement, même si les parties ne l'ont pas expressément invoqué. Or, ce privilège n'est pas le seul outil à la disposition des parties. À l'instar des appelantes et des intimées en l'espèce, les parties signent souvent des ententes de médiation prévoyant que les communications faites durant la médiation demeureront confidentielles.

[2] Le présent pourvoi porte sur l'interaction entre ces deux moyens de protection : les contrats privés prévoyant le caractère confidentiel de la médiation et le privilège relatif aux règlements de la

specifically, it relates to a common law exception to settlement privilege that applies where a party seeks to prove the existence or the scope of a settlement. At issue is whether a mediation contract with an absolute confidentiality clause displaces the common law settlement privilege, including this exception, thereby foreclosing parties from proving the terms of a settlement.

[3] Ironically, both the appellants and the respondents argue that the Court's answer could negatively affect the development of mediation in Canada, either by undermining its confidential nature or by frustrating its main objectives. I disagree. I reach this decision bearing in mind the overriding benefit to the public of promoting the out-of-court settlement of disputes regardless of the legal means employed to reach a given settlement. For the reasons that follow, I find that parties are at liberty to sign mediation contracts under which the protection of confidentiality is different from the common law protection. This enables parties to secure the safeguards they deem important and fosters the free and frank negotiation of settlements, thereby serving the same purpose as settlement privilege: the promotion of settlements. However, I reject the presumption that a confidentiality clause in a mediation agreement automatically displaces settlement privilege, and more specifically the exceptions to that privilege that exist at common law. The exceptions to settlement privilege have been developed for public policy reasons, and they exist to further the overall purpose of the privilege. A mediation contract will not deprive parties of the ability to prove the terms of a settlement by producing evidence of communications made in the mediation context unless a court finds, applying the appropriate rules of contractual interpretation, that that is the intended effect of the agreement.

[4] Because this dispute arose in Quebec, Quebec contract law applies. I find that although it was open to the parties to contract out of the exception to settlement privilege, they did not do so. They

common law. Plus particulièrement, il a trait à une exception au privilège relatif aux règlements que prévoit la common law et qui s'applique lorsqu'une partie cherche à établir l'existence ou la portée d'un règlement. Il nous faut déterminer si un contrat de médiation qui assure une confidentialité absolue écarte le privilège relatif aux règlements de la common law, y compris cette exception, et empêche de ce fait les parties de faire la preuve des modalités d'un règlement.

[3] Paradoxalement, tant les appelantes que les intimées font valoir que la décision de la Cour pourrait nuire à l'évolution de la médiation au Canada, soit en portant atteinte à son caractère confidentiel, soit en faisant obstacle à ses principaux objectifs. Je ne suis pas d'accord. Ma décision tient compte de l'avantage prépondérant pour le public de favoriser le règlement extrajudiciaire des différends, quels que soient les moyens juridiques mis en œuvre pour parvenir à un règlement. Pour les motifs qui suivent, j'estime que les parties sont libres de signer des contrats de médiation qui assurent une protection de la confidentialité différente de celle que procure la common law. Les parties peuvent ainsi obtenir les mesures de protection qu'elles jugent importantes et négocier un règlement en toute liberté et en toute franchise, réalisant de ce fait le même objectif que le privilège relatif aux règlements : favoriser les règlements. Je rejette cependant la présomption selon laquelle toute clause de confidentialité figurant dans une entente de médiation a pour effet d'écarter automatiquement le privilège relatif aux règlements, et en particulier les exceptions à ce privilège reconnues par la common law. Les exceptions au privilège ont été élaborées pour des raisons d'intérêt public et visent à réaliser l'objectif général du privilège. Un contrat de médiation n'empêchera pas les parties de faire la preuve des modalités d'un règlement au moyen des communications faites au cours de la médiation à moins que le tribunal estime, en appliquant les règles d'interprétation des contrats, que tel était l'effet recherché à l'entente.

[4] Comme le présent litige a pris naissance au Québec, le droit québécois des contrats s'applique. J'estime que, même si les parties pouvaient se soustraire par contrat à l'exception au privilège relatif

therefore retain their right to produce evidence of communications made in the mediation context in order to prove the terms of their settlement. I would affirm the Court of Appeal's decision, albeit for different reasons.

## II. Facts

[5] The parties are entangled in a decades-long, multi-million dollar civil suit about defective gas tanks used on Sea-Doo personal watercraft. The appellants, Dow Chemical Canada Inc. and Union Carbide Canada Inc., now known as Dow Chemical Canada ULC ("Dow Chemical"), manufacture and distribute gas tanks for personal watercraft. The respondent Bombardier Inc. manufactured and distributed Sea-Doo personal watercraft before selling its recreational products division to the respondent Bombardier Recreational Products Inc. (jointly "Bombardier"). A dispute arose over the fitness of the gas tanks as a result of consumer complaints.

[6] This appeal results from an allegation by Bombardier that two gas tank models supplied by Dow Chemical were unfit for the use for which they had been intended. More specifically, Bombardier alleged that the material used and recommended by Dow Chemical for the gas tanks had been cracking and that this had in some cases caused explosions as a result of which owners and users of the watercraft had suffered property damage and bodily injury. Bombardier recalled the watercraft equipped with the gas tanks in question in 1997, 1998 and 2003, and it has been sued by a number of consumers.

[7] In March 2000, Bombardier Inc. commenced an action against Union Carbide Canada Inc. in the Quebec Superior Court (file No. 500-05-056325-002) for \$9,980,612.07 in damages. Dow Chemical Canada Inc. was subsequently added as a defendant, as a result of its merger with Union Carbide. They filed their defence to the action on May 6, 2003.

aux règlements, elles ne l'ont pas fait. Elles conservent donc leur droit de produire les communications échangées dans le cadre de la médiation pour faire la preuve des modalités de leur règlement. Je suis d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel, quoique pour des raisons différentes.

## II. Les faits

[5] Les parties sont empêtrées depuis des décennies dans une action civile de plusieurs millions de dollars au sujet de réservoirs à carburant pour motomarines défectueux. Les appelantes, Dow Chemical Canada Inc. et Union Carbide Canada Inc., maintenant connues sous le nom de Dow Chemical Canada ULC (« Dow Chemical »), fabriquent et distribuent des réservoirs à carburant pour motomarines. L'intimée Bombardier Inc. fabriquait et distribuait des motomarines avant de vendre sa division de produits récréatifs à l'intimée Bombardier produits récréatifs Inc. (conjointement, « Bombardier »). Des plaintes des consommateurs sont à l'origine d'un différend au sujet du caractère approprié des réservoirs.

[6] Le présent pourvoi découle de l'allégation de Bombardier selon laquelle deux modèles de réservoirs à carburant fournis par Dow Chemical étaient impropres à l'usage auquel ils étaient destinés. Plus particulièrement, Bombardier a affirmé que le matériau utilisé et recommandé par Dow Chemical pour la fabrication des réservoirs à carburant fissurait, ce qui avait dans certains cas causé des explosions; les propriétaires et les utilisateurs des motomarines avaient en conséquence subi des dommages matériels et des lésions corporelles. En 1997, 1998 et 2003, Bombardier a rappelé les motomarines équipées de réservoirs à carburant de ces modèles et a fait l'objet de nombreuses poursuites intentées par des consommateurs.

[7] En mars 2000, Bombardier Inc. a intenté devant la Cour supérieure du Québec (dossier 500-05-056325-002) une action en dommages-intérêts contre Union Carbide Canada Inc. pour la somme de 9 980 612,07 \$. Subséquemment, Dow Chemical Canada Inc. a été ajoutée à titre de défenderesse à la suite de sa fusion avec Union

On May 29, 2007, Bombardier Inc. amended the declaration to add Bombardier Recreational Products Inc., which had since acquired its recreational products division, and Allianz Global Risks US Insurance Company as co-plaintiffs (Allianz is also a respondent to this appeal). In this amended declaration, the amount of the claim was raised to \$30,019,505, and an additional claim for \$1,786,445.23 was made on behalf of Allianz. Finally, on or about July 31, 2008, Dow Chemical filed an amended defence.

[8] Bombardier claimed three separate amounts: (1) \$15,153,394 for the cost of the safety recall campaigns; (2) \$13,474,142 for the cost of settlements with and lawsuits by consumers for damage and injuries caused by the gas tanks; and (3) \$1,391,969 for other costs incurred by Bombardier.

[9] After signing a joint list of admissions on the value of the claims, the parties agreed to private mediation to be conducted in Montréal by lawyer Max Mendelsohn. On April 26, 2011, before the mediation commenced, a standard mediation agreement was signed. It contained the following clause regarding the confidentiality of the process:

2. Anything which transpires in the Mediation will be confidential. In this regard, and without limitation:
  - (a) Nothing which transpires in the Mediation will be alleged, referred to or sought to be put into evidence in any proceeding;
  - (b) No statement made or document produced in the Mediation will become subject to discovery, compellable as evidence or admissible into evidence in any proceeding, as a result of having been made or produced in the Mediation; however, nothing will prohibit a party from using, in judicial or other proceedings, a document which has been divulged in the

Carbide. Elles ont déposé une défense à l'action le 6 mai 2003. Le 29 mai 2007, Bombardier Inc. a modifié sa déclaration pour ajouter Bombardier produits récréatifs Inc., laquelle avait depuis acquis sa division de produits récréatifs, ainsi que Allianz Global Risks US Insurance Company à titre de codemandereses (Allianz est également intimée dans le présent pourvoi). Dans cette déclaration modifiée, le montant réclamé a été augmenté à 30 019 505 \$ et Allianz a présenté une demande additionnelle de 1 786 445,23 \$. Enfin, le 31 juillet 2008 ou vers cette date, Dow Chemical a déposé une défense modifiée.

[8] Bombardier a réclamé trois montants distincts : (1) 15 153 394 \$, soit le coût des campagnes de rappels sécuritaires; (2) 13 474 142 \$, soit le coût des règlements intervenus avec les consommateurs et le coût des poursuites engagées par eux pour le préjudice causé par les réservoirs à carburant; et (3) 1 391 969 \$, soit les autres frais engagés par Bombardier.

[9] Après avoir signé une liste conjointe d'admissions quant à la valeur des réclamations, les parties ont convenu d'une médiation privée qui serait présidée par M<sup>e</sup> Max Mendelsohn, à Montréal. Avant le début de la médiation, soit le 26 avril 2011, les parties ont signé une entente type de médiation, laquelle renfermait la clause suivante concernant la confidentialité du processus :

[TRADUCTION]

2. Tout ce qui pourra être dit ou écrit au cours de la médiation sera confidentiel. À cet égard, notamment :
  - a) Rien de ce qui pourra être dit ou écrit au cours de la médiation ne sera allégué, mentionné ou présenté en preuve dans le cadre d'une instance;
  - b) Aucune déclaration faite ni aucun document produit au cours du processus de médiation ne pourra faire l'objet d'une communication préalable ou d'un témoignage contraint, ni être admissible en preuve, dans le cadre d'une instance; toutefois, rien n'empêchera une partie d'utiliser, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou autre, un document qui a été



course of the Mediation and which it would otherwise be entitled to produce;

- (c) The recollections, documents and work product of the Mediator will be confidential and not subject to disclosure or compellable as evidence in any proceeding.

[10] The agreement also contained a clause regarding the mediator's role:

4. The Mediator will have no decision-making power, but will merely assist the parties in attempting to arrive at a settlement of their dispute.

[11] At the mediation session on April 27, 2011, Dow Chemical submitted a settlement offer for \$7 million. Counsel for Bombardier asked Dow Chemical to keep this offer open for 30 days, as he had to ask his client for instructions, and Dow Chemical agreed to do so. On May 17, 2011, before the 30 days expired, counsel indicated to Dow Chemical that Bombardier was accepting the offer:

My clients, BRP, Bombardier and Allianz have given me instructions to accept Dow Chemical's offer to settle the above-mentioned case for an amount of CAN\$ 7 million in capital, interest and costs.

I would ask that you request a check from your client to the order of Fasken Martineau in trust at your earliest convenience or have the amount wired to our trust account using the following coordinates.

. . . .

In the meantime, I will prepare a draft release that I will forward to you very shortly. Of course, Fasken Martineau will undertake to hold the sums until the release documents have been signed and returned to Lavery.

[12] Two days later, on May 19, 2011, counsel for Dow Chemical emailed counsel for Bombardier, stating that his client considered this to be a global settlement amount. Dow Chemical thus wanted

communiqué au cours du processus de médiation et qu'elle aurait pu autrement produire;

- c) Les souvenirs du médiateur, de même que les documents et les travaux produits par celui-ci, seront confidentiels et ne pourront faire l'objet d'une communication préalable ou d'un témoignage contraint dans le cadre d'une instance.

[10] L'entente comprenait également la disposition suivante relative au rôle du médiateur :

[TRADUCTION]

4. Le médiateur n'aura aucun pouvoir décisionnel; son rôle consiste simplement à aider les parties à arriver à un règlement de leur différend.

[11] Lors de la séance de médiation du 27 avril 2011, Dow Chemical a soumis une offre de règlement de 7 millions de dollars. Puisqu'il avait besoin de consulter sa cliente à cet égard, l'avocat de Bombardier a demandé à celui de Dow Chemical de maintenir l'offre pendant 30 jours, ce que Dow Chemical a accepté. Le 17 mai 2011, avant l'expiration du délai de 30 jours, l'avocat de Bombardier a communiqué en ces termes l'acceptation de l'offre de Dow Chemical :

[TRADUCTION] Mes clientes, BRP, Bombardier et Allianz m'ont demandé d'accepter l'offre présentée par Dow Chemical de régler l'affaire susmentionnée pour la somme de 7 millions \$ CA, en capital, intérêts et frais.

Veillez demander à votre cliente de nous faire parvenir un chèque fait à l'ordre de Fasken Martineau en fiducie dans les plus brefs délais ou de virer ladite somme dans notre compte en fiducie, aux coordonnées suivantes.

. . . .

Entre-temps, je rédigerai un projet de quittance que je vous ferai parvenir sous peu. Bien entendu, Fasken Martineau s'engage à retenir les sommes visées jusqu'à ce que les documents de quittance soient signés et retournés à Lavery.

[12] Deux jours plus tard, soit le 19 mai 2011, l'avocat de Dow Chemical a envoyé à l'avocat de Bombardier un courriel dans lequel il indiquait que sa cliente considérait que le montant visait un

Bombardier to sign a release absolving it of liability in any future litigation not only in Quebec and with respect to the two gas tank models at issue, but anywhere in the world and involving any gas tank models:

It is my client's expectation that this settlement will put an end to all present and future litigation arising out of any fuel tanks supplied to Bombardier, BRP et al by Wedco, Union Carbide and Dow Chemicals et al. My client realizes that it may be conceivably named as a co-defendant with your client in matters arising out of one of the fuel tanks delivered, but expects that the settlement document will be clear so that neither party would institute a warranty or third party proceedings against the other. It is my client's feeling that litigation with respect to fuel tanks supplied by Wedco, Union Carbide, Dow Chemicals et al has been going on long enough and has proven to be very expensive for both parties and it wants to put an end to the dispute once and for all.

[13] After a short follow-up email from Dow Chemical's counsel on June 1, 2011, counsel for Bombardier replied, on June 6, 2011, that the settlement amount was for the Montréal litigation only. His email also detailed further courses of action:

As you well know, the object of the discussions at the mediation and the offer that Dow presented at that time never encompassed the type of release referred to in your e-mail of May 19th. The numbers exchanged were always based on the claim before the Superior court of the district of Montreal and the third party claims covered by that action. These were limited to existing claims at the time the admissions were made and no other. . . .

I therefore enclose a release that reflects the scope of your offer and our binding acceptance. For the purpose of buying the peace, BRP has agreed to extend the release to any exi[s]ting or potential claims involving 109 and 183 tanks manufactured by Wedco regardless of whether or not they existed at the time the admissions were made. However, they will not go so far as to settle existing or potential claims for fuel tanks that are not the object of the Montreal litigation.

règlement global. Dow Chemical voulait ainsi que Bombardier signe une quittance la dégageant de toute responsabilité à l'égard de toute poursuite future dont elle pourrait faire l'objet, non seulement au Québec et au sujet des deux modèles de réservoirs à carburant en cause, mais partout dans le monde et relativement à tous les modèles de réservoirs à carburant :

[TRADUCTION] Ma cliente s'attend à ce que le présent règlement mette fin à tout litige présent et futur concernant tout réservoir à carburant fourni à Bombardier, BRP et d'autres, par Wedco, Union Carbide, Dow Chemicals et d'autres. Ma cliente est consciente qu'elle pourrait être désignée comme codéfenderesse avec votre cliente dans des affaires liées à l'un des réservoirs à carburant livrés, mais elle s'attend à ce que le document lié au règlement soit clair de sorte qu'aucune des parties ne puisse appeler l'autre en garantie ou la mettre en cause. Ma cliente estime que le litige concernant les réservoirs à carburant fournis par Wedco, Union Carbide, Dow Chemicals et d'autres, a assez duré et s'est révélé très coûteux pour les deux parties, et elle souhaite y mettre fin de façon définitive.

[13] À la suite d'un bref courriel de suivi envoyé par l'avocat de Dow Chemical le 1<sup>er</sup> juin 2011, l'avocat de Bombardier a répondu, le 6 juin 2011, que le montant du règlement visait uniquement la poursuite engagée à Montréal. Ce courriel faisait également état d'autres démarches envisagées :

[TRADUCTION] Comme vous le savez très bien, les discussions engagées au cours de la médiation, et l'offre présentée par Dow à cette occasion, n'ont jamais porté sur le type de quittance mentionné dans votre courriel du 19 mai. Les chiffres dont nous avons parlé concernaient toujours l'action intentée devant la Cour supérieure du district de Montréal et les mises en cause dans cette poursuite. Ces chiffres ne concernaient que les actions en cours au moment des admissions et rien d'autre. . .

Vous trouverez donc ci-joint une quittance qui reflète l'étendue de votre offre et notre acceptation. Pour acheter la paix, BRP a accepté d'étendre la portée de la quittance à toute action en cours ou éventuelle relative aux réservoirs 109 et 183 fabriqués par Wedco, qu'elle ait ou non été engagée au moment des admissions. Cependant, BRP n'ira pas jusqu'à consentir au règlement des actions en cours ou éventuelles relatives aux réservoirs à carburant qui ne font pas l'objet de la poursuite intentée à Montréal.

It appears to me we now have 3 choices:

1) Dow significantly increases its offer to cover the release it now wants;

2) We settle the Montreal action and attempt to settle the other existing and potential claims you now want to settle (with or without the assistance of a mediator). If you wish to go this latter route I suggest Dow obtain settlement authority before we engage in the process to avoid a take it or leave position as occurred last time around.

3) Dow refuses to settle and BRP will either a) continue the suit or b) decide to file an homologation action. [Emphasis in original.]

[14] On June 14, 2011, counsel for Bombardier sent counsel for Dow Chemical a demand letter for payment of the \$7 million settlement amount. Counsel for Dow Chemical replied on June 16, 2011, reiterating their position on the release sought by their client:

Your clients were fully aware of the nature of the release that our clients required and at no time suggested that they would provide a narrower release. If your clients are not prepared to grant the release that we have outlined to you, then no payment will be forthcoming and any proceedings will be contested.

I remind you of the confidentiality provisions of the mediation agreement signed by yourself on your own behalf and on behalf of your clients on April 26, 2011. Any attempt to violate the confidentiality of what transpired in the mediation will be met with the appropriate proceedings.

[15] Counsel for Bombardier replied to that letter on June 29, 2011, stating that they would proceed by filing a motion if they did not receive the payment:

We understand that your client is no longer willing to abide by the agreement that was reached in the above-mentioned matter.

As such, unless Dow Chemical revisits its position, BRP will have no other choice but to file the attached Motion.

À mon avis, trois possibilités s'offrent maintenant à nous :

1) Dow augmente substantiellement son offre en fonction de la quittance qu'elle souhaite obtenir à présent;

2) Nous réglons l'action intentée à Montréal et tentons de régler les autres actions en cours et éventuelles que vous voulez régler à présent (avec ou sans l'aide d'un médiateur). Si vous optez pour cette dernière solution, je propose que Dow obtienne le pouvoir de conclure un règlement avant d'aller plus loin, de façon à éviter qu'elle adopte une position « à prendre ou à laisser » comme cela s'est produit la dernière fois.

3) Dow refuse le règlement et BRP a) poursuit l'instance, ou b) décide d'introduire une demande d'homologation. [Souligné dans l'original.]

[14] Le 14 juin 2011, l'avocat de Bombardier a envoyé à l'avocat de Dow Chemical une mise en demeure exigeant le paiement de 7 millions \$ correspondant au montant du règlement. Dans sa réponse en date du 16 juin 2011, l'avocat de Dow Chemical a réitéré la position de sa cliente au sujet de la quittance recherchée :

[TRADUCTION] Vos clientes étaient parfaitement au courant de la nature de la quittance que nos clientes exigeaient et n'ont jamais laissé entendre qu'elles restreindraient la portée de la quittance. Si vos clientes ne sont pas disposées à accorder la quittance demandée, aucun paiement ne sera effectué et toute procédure judiciaire sera contestée.

Je vous rappelle les dispositions relatives au caractère confidentiel de l'entente de médiation que vous avez signée en votre nom et au nom de vos clientes, le 26 avril 2011. Toute tentative de porter atteinte au caractère confidentiel de tout ce qui a été dit ou écrit au cours de la médiation fera l'objet des procédures appropriées.

[15] L'avocat de Bombardier a répondu le 29 juin 2011, indiquant que sa cliente présenterait une requête en cas de défaut de paiement :

[TRADUCTION] Nous constatons que votre cliente n'est plus disposée à respecter l'entente conclue relativement à l'affaire susmentionnée.

En conséquence, à moins que Dow Chemical ne revienne sur sa position, BRP n'aura pas d'autre choix que de déposer la requête ci-jointe.

We have considered the arguments raised in your letter with regard to the confidentiality of discussions that may have taken place during the mediation. However, these are without merit.

First of all, as you know, there is an exception to confidentiality when settlement discussions have led to a transaction.

Moreover, the contract between the parties is not applicable in this case as Dow Chemical agreed to keep its offer open for consideration after the mediation and the acceptance of BRP was sent outside of the mediation forum.

[16] In a further letter dated July 6, 2011, counsel for Dow Chemical argued that neither the correspondence from Bombardier nor the draft motion had addressed the issue of the consideration to be provided by Bombardier in return for the sum to be paid by Dow Chemical. Counsel for Dow Chemical reiterated that in their client's opinion, there was "no agreement and no transaction".

[17] Dow Chemical did not send the discussed settlement amount, and Bombardier then filed a motion for homologation of the transaction on July 8, 2011, in the Superior Court, District of Montréal. The motion detailed the history of the dispute between the parties and referred to both the mediation and the subsequent settlement discussions.

[18] Dow Chemical brought a motion to strike out the allegations contained in six paragraphs of the motion for homologation on the ground that they referred to events that had taken place in the course of the mediation process, which was in violation of the confidentiality clause in the mediation agreement. The paragraphs at issue were the following:

[TRANSLATION]

17. The Joint List of Admissions was the sole basis for discussion by the Parties at the mediation session of April 27, 2011;

Nous avons examiné les arguments invoqués dans votre lettre au sujet du caractère confidentiel des discussions engagées au cours de la médiation. Or, ces arguments ne sont pas fondés.

Tout d'abord, vous savez sans doute qu'il existe une exception à la confidentialité lorsque les discussions ont permis de conclure une transaction.

De plus, le contrat conclu entre les parties n'est pas applicable dans la présente affaire puisque Dow Chemical a accepté de maintenir son offre pour qu'elle puisse être examinée après la médiation, et que l'acceptation de BRP n'a pas été transmise dans le cadre de la médiation.

[16] Dans une autre lettre en date du 6 juillet 2011, l'avocat de Dow Chemical a soutenu que ni la correspondance envoyée par Bombardier ni les documents liés au projet de requête ne faisaient état de la contrepartie que devait fournir Bombardier en échange de la somme que Dow Chemical devait verser. Là encore, l'avocat de Dow Chemical a rappelé que, selon sa cliente, il n'existait [TRADUCTION] « ni entente ni transaction ».

[17] Dow Chemical n'a pas envoyé le montant du règlement qui avait fait l'objet de discussions et le 8 juillet 2011 Bombardier a déposé devant la Cour supérieure du district de Montréal une requête en homologation du règlement. La requête présentait de manière détaillée l'historique du différend opposant les parties et faisait état de la médiation ainsi que des communications échangées par la suite en vue d'un règlement.

[18] Dow Chemical a présenté une requête en radiation des allégations contenues dans six paragraphes de la requête en homologation au motif qu'elles faisaient état du déroulement de la médiation, en violation de la clause de confidentialité figurant dans l'entente de médiation. Voici les paragraphes en question :

17. La Liste conjointe d'admission a été la seule base de discussion par les Parties lors de la séance de médiation du 27 avril 2011;

18. All the discussions in the course of the mediation related exclusively to the Covered Claims and the other costs claimed in the Re-amended Action R-4. No claims concerning tanks other than tanks 275 500 109 and 275 500 183 were ever discussed;
  19. Moreover, the mediation related exclusively to the existing dispute between the parties as described in the Pleadings, as can be seen from a copy of the mediation contract signed by the Parties on April 26, 2011 that is attached hereto as Exhibit R-8;
  20. The mediation was terminated unsuccessfully on April 27, 2011 when Dow Chemical submitted to BRP and Allianz an offer to settle the Re-amended Action for \$7,000,000 in capital, interest and costs, but indicated to BRP and to the mediator that it had no authority to increase this offer;
  21. Yves St-Arnaud, in-house counsel for BRP, asked Dow Chemical to keep this offer open for thirty (30) days and promised to get back to them shortly. Dow Chemical acceded to this request;
  22. On May 17, 2011, that is, twenty (20) days after the end of the mediation, counsel for BRP and for Allianz advised counsel for Dow Chemical that the applicants accepted the settlement offer for \$7,000,000 in capital, interest and costs in full and final settlement of the claims made in the case bearing court file No. 500-05-056325-002 (the "Transaction"), as can be seen from a copy of an email attached hereto as Exhibit R-9;
18. L'ensemble des discussions lors de la médiation a porté exclusivement sur les Réclamations couvertes et les autres frais réclamés dans l'Action ré-amendée R-4. Il n'a jamais été question de réclamations visant des réservoirs autres que les réservoirs 275 500 109 et 275 500 183;
  19. D'ailleurs, la médiation portait exclusivement sur le litige existant entre les parties tel que décrit dans les Procédures, le tout tel qu'il appert d'une copie du contrat de médiation signé par les Parties le 26 avril 2011 annexée au soutien des présentes comme pièce R-8;
  20. La médiation s'est terminée sans succès le 27 avril 2011 lorsque Dow Chemical a soumis à BRP et Allianz une offre de régler l'Action ré-amendée pour un montant de 7 000 000 \$, en capital, intérêts et frais, tout en indiquant à BRP et au médiateur qu'elle n'avait aucune autorité pour bonifier cette offre;
  21. M<sup>e</sup> Yves St-Arnaud, avocat interne pour BRP, a demandé à Dow Chemical de maintenir cette offre ouverte pour une période de trente (30) jours et leur a promis de leur revenir sous peu. Dow Chemical a acquiescé à cette demande;
  22. Le 17 mai 2011, soit vingt (20) jours après la fin de la médiation, les avocats de BRP et de Allianz ont avisé les avocats d[e] Dow Chemical que l'offre de règlement au montant de 7 000 000 \$ en règlement complet et final des réclamations soulevées dans l'instance portant le numéro de Cour 500-05-056325-002, en capital, intérêts et frais était acceptée par les requérantes (la « Transaction »), tel qu'il appert d'une copie d'un courriel annexée au soutien des présentes comme pièce R-9;

[19] In oral argument in this Court, counsel for Dow Chemical stated that no settlement had been reached between the parties. This is not completely accurate. The record of communications between the parties shows that there was a settlement offer and that it was accepted, but that the parties subsequently disagreed on the scope of the release. In short, Bombardier's view is that the settlement is limited to the ongoing Montréal litigation, and seeks to admit evidence from the mediation session to enable it to prove this. Dow Chemical disagrees on the scope of the settlement, viewing it as a global settlement, and argues that the evidence from the mediation session on which Bombardier seeks to rely

[19] Dans sa plaidoirie devant la Cour, l'avocat de Dow Chemical a affirmé que les parties n'avaient conclu aucun règlement. Ce n'est pas tout à fait exact. Le dossier des communications entre les parties révèle qu'il y a eu une offre de règlement et qu'elle a été acceptée, mais que par la suite, les parties ne se sont pas entendues sur la portée de la quittance. En résumé, Bombardier estime que le règlement porte uniquement sur le litige en instance à Montréal, et pour lui permettre d'en faire la preuve, elle cherche à faire admettre des éléments de preuve provenant de la séance de médiation. Dow Chemical n'est pas d'accord sur la portée du règlement, qu'elle considère être un règlement

in its motion for homologation is inadmissible by virtue of the confidentiality agreement.

### III. Judicial History

#### A. *Quebec Superior Court, 2012 QCCS 22 (CanLII)*

[20] Corriveau J. based her analysis on art. 151.16 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 (“CCP”), as well as on art. 151.21, which provides that anything said or written during a settlement conference is confidential. She cited cases from the Quebec Court of Appeal which confirmed the confidential nature of mediation or settlement conferences, and reasoned that those cases applied regardless of whether the mediation was conducted by a judge or, as in the instant case, by a lawyer. She held that in light of the confidentiality clause in the mediation agreement, the mediation proceedings were covered by art. 151.21 of the *CCP*.

[21] On this basis, Corriveau J. granted the appellants’ motion to strike in part, ordering that four of the six allegations (paras. 17, 18, 20 and 21) be struck from the respondents’ motion for homologation because they referred to discussions that had occurred or submissions that had been made in the context of the mediation. She denied Dow Chemical’s request to strike para. 22 from the motion for homologation, as it referred to the settlement offer itself, which had been kept open after the mediation session. Having struck the four paragraphs in question, Corriveau J. explained that Bombardier could continue to rely on the remainder of the motion for homologation relating to the claim, the mediation contract and the discussions that followed the mediation. Bombardier applied to the Quebec Court of Appeal for leave to appeal, which was granted on March 16, 2012.

global, et elle soutient que les éléments de preuve provenant de la séance de médiation sur lesquels Bombardier veut s’appuyer dans sa requête en homologation ne sont pas admissibles aux termes de l’entente de confidentialité.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure du Québec, 2012 QCCS 22 (CanLII)*

[20] La juge Corriveau a fondé son analyse sur l’art. 151.16 du *Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25 (« *C.p.c.* »), ainsi que sur l’art. 151.21, qui prévoit que tout ce qui est dit ou écrit au cours d’une conférence de règlement à l’amiable est confidentiel. Elle s’est appuyée sur la jurisprudence de la Cour d’appel du Québec qui confirme le caractère confidentiel de la médiation ou des conférences de règlement, et elle a conclu que cette jurisprudence s’applique, peu importe que la médiation soit présidée par un juge ou, comme en l’espèce, par un avocat. La juge a conclu qu’en raison de la clause de confidentialité figurant dans l’entente de médiation, le compte-rendu de la médiation était protégé par l’art. 151.21 du *C.p.c.*

[21] Pour ce motif, la juge Corriveau a accueilli en partie la requête en radiation des appelantes et a ordonné que quatre des six allégations (par. 17, 18, 20 et 21) soient radiées de la requête en homologation des intimées parce qu’elles portaient sur les discussions et communications échangées dans le cadre de la médiation. Elle a rejeté la demande de Dow Chemical de radier le par. 22 de la requête en homologation, lequel portait sur l’offre de règlement même, qui avait été maintenue après la séance de médiation. Après avoir radié ces quatre paragraphes, la juge Corriveau a expliqué que Bombardier pouvait continuer à s’appuyer sur les autres paragraphes de la requête en homologation relatifs à la demande, au contrat de médiation et aux discussions consécutives à la médiation. Bombardier a demandé l’autorisation d’interjeter appel de cette décision à la Cour d’appel du Québec, laquelle lui a été accordée le 16 mars 2012.

B. *Quebec Court of Appeal, 2012 QCCA 1300 (CanLII) (Thibault, Rochette and Morissette J.J.A.)*

[22] Thibault J.A., writing for a unanimous court, allowed the appeal and, contrary to the motion judge, found that the rules of the *CCP* with respect to confidentiality do not apply to extrajudicial mediation proceedings. Given the absence of legislation in this regard, two factors must be considered to determine whether mediation proceedings presided over by someone other than a judge are confidential: (1) the mediation contract agreed to by the parties, and (2) the common law settlement privilege as recognized in Quebec law. In the Court of Appeal's view, the language of the contract ("Nothing which transpires in the Mediation will be alleged, referred to or sought to be put into evidence in any proceeding") indicated that what was said in the course of the mediation session was subject to an obligation of confidentiality, and this obligation applied to some of the facts Bombardier sought to rely upon.

[23] The Court of Appeal then restated the general rule that settlement negotiations are confidential, even in the absence of a legislated rule of procedure. It cited *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592, to reiterate that the purpose of settlement privilege is to enable parties to have frank discussions about a possible settlement without worrying that what they disclose in the course of the negotiations will be used against them in litigation. The court noted that settlement privilege is based on public policy considerations, as it is preferable, in the interests of the proper administration of justice, that parties try to resolve their own disputes before resorting to litigation.

[24] Where mediation has resulted in an agreement, the Court of Appeal observed, communications made in the course of the mediation process cease to be privileged. It supported this comment by quoting various authors, from both civil law and

B. *Cour d'appel du Québec, 2012 QCCA 1300 (CanLII) (les juges Thibault, Rochette et Morissette)*

[22] S'exprimant au nom de la cour à l'unanimité, la juge Thibault a accueilli l'appel et a conclu, contrairement à la juge des requêtes, que les règles de confidentialité du *C.p.c.* ne s'appliquent pas à la médiation extrajudiciaire. En l'absence de texte législatif à cet égard, l'examen de deux facteurs permet de déterminer si la médiation non présidée par un juge est confidentielle : (1) le contrat de médiation conclu entre les parties, et (2) le privilège relatif aux règlements de la common law reconnu en droit québécois. De l'avis de la Cour d'appel, selon les termes du contrat ([TRADUCTION] « Rien de ce qui pourra être dit ou écrit au cours de la médiation ne sera allégué, mentionné ou présenté en preuve dans le cadre d'une instance »), une obligation de confidentialité s'appliquait au contenu des échanges qui ont eu lieu au cours de la médiation, et cette obligation s'appliquait à certains des faits sur lesquels Bombardier cherchait à se fonder.

[23] La Cour d'appel a alors reformulé la règle générale voulant que les négociations en vue d'un règlement soient confidentielles, même en l'absence d'une règle de procédure adoptée par voie législative. Elle a cité l'arrêt *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, afin de rappeler que le privilège relatif aux règlements a pour objet de permettre aux parties de mener des discussions en toute franchise au sujet d'un règlement possible, sans crainte que les révélations faites au cours des négociations soient utilisées à leur détriment dans un litige. La cour a fait remarquer que le privilège relatif aux règlements est fondé sur des considérations d'intérêt général car il est préférable, pour une saine administration de la justice, que les parties tentent de régler elles-mêmes leur différend avant de recourir aux tribunaux.

[24] La cour a fait remarquer que les communications faites au cours de la médiation cessent d'être privilégiées lorsqu'elles ont conduit à une entente. Elle a cité à l'appui de cette remarque divers ouvrages de doctrine de droit civil et de common

common law backgrounds (paras. 35-38), as well as two decisions of the Quebec Superior Court, including *Ferlatte v. Ventes Rudolph inc.*, [1999] Q.J. No. 2735 (QL), in which that court had commented as follows, at para. 12:

Unchallenged judicial authority in Quebec, the common law provinces and in England holds that privilege protects communications between opposing counsel aimed at settling a dispute. Therefore offers of settlement cannot be introduced in evidence unless they are accepted. In that case they are admissible, not as proof that the offerors admit responsibility for the offerees' claims, but that they choose to end their conflict by settling on the terms of the offers. Such communications benefit from the protection of privilege on the policy ground that without it, disputing parties would be reluctant to attempt settlement negotiations, fearing their initiatives will come back to haunt them at trial if they fail. [Emphasis added.]

[25] Thibault J.A. argued that, if a dispute arises regarding the existence or the terms of a transaction, the obligation of confidentiality of communications made in the course of the mediation process is no longer necessary given that the underlying purpose of confidentiality — to further the achievement of a settlement — is no longer relevant. If an agreement was not in fact reached, on the other hand, such communications cannot of course be admitted in evidence for any other purpose.

[26] The Court of Appeal held that settlement privilege does not prevent a party from producing evidence of confidential communications in order to prove the existence of a disputed settlement agreement arising from mediation or to assist in the interpretation of such an agreement. It considered three cases cited by Dow Chemical in support of the proposition that the confidentiality of discussions and communications from an extrajudicial mediation process is absolute where the mediation agreement contains a confidentiality clause, but it noted that those cases did not call into question the application of the exception to settlement privilege that enables a party to produce evidence of such discussions and communications in order to prove the existence or

law (aux par. 35-38), ainsi que deux décisions de la Cour supérieure du Québec, dont *Ferlatte c. Ventes Rudolph inc.*, [1999] Q.J. No. 2735 (QL), où la cour a affirmé ce qui suit, au par. 12 :

[TRADUCTION] Selon certaines décisions judiciaires du Québec, des provinces de common law et de l'Angleterre, le privilège protège les communications que s'échangent les avocats des parties adverses en vue du règlement d'un litige. En conséquence, une offre de règlement ne peut pas être produite en preuve à moins qu'elle ait été acceptée. Dans un tel cas, elle est admissible, non pas pour établir que l'offrant reconnaît sa responsabilité envers le bénéficiaire, mais comme preuve que les parties ont décidé de mettre fin au différend en s'entendant sur les conditions de l'offre. Pareilles communications sont protégées par le privilège pour des raisons de principe car, en l'absence de ce privilège, les parties hésiteraient à tenter de négocier un règlement par crainte que leurs initiatives reviennent les hanter au procès en cas d'échec. [Je souligne.]

[25] Comme l'a indiqué la juge Thibault, en cas de différend au sujet de l'existence ou des modalités d'un règlement, l'obligation de confidentialité rattachée aux communications faites durant la médiation n'a plus d'application puisque l'objet de la confidentialité — favoriser un règlement — a disparu. Si aucune entente n'a en fait été conclue, les communications ne peuvent être invoquées en preuve à aucune autre fin.

[26] La Cour d'appel a conclu que le privilège relatif aux règlements n'empêche pas une partie de produire des communications confidentielles afin de faire la preuve de l'existence d'une entente de règlement contestée découlant de la médiation ou pour en faciliter l'interprétation. Elle a examiné la jurisprudence citée par Dow Chemical qui dit que le caractère confidentiel des discussions et des communications faites lors d'une médiation extrajudiciaire est absolu lorsque l'entente de médiation contient une clause de confidentialité. Elle a toutefois noté que ces décisions n'écartent pas l'application de l'exception au privilège relatif aux règlements qui permet à une partie de produire ces discussions et ces communications afin de prouver



the scope of a settlement agreement. Reversing the motion judge's ruling, the Court of Appeal held that the allegations at issue should not be struck from the motion for homologation. It left it to the judge hearing that motion to consider whether the impugned paragraphs were relevant to the identification of the terms of the agreement, in which case the exception to the common law settlement privilege would apply.

#### IV. Analysis

[27] In my view, there are two questions to answer in this appeal. The first is whether a confidentiality clause in a private mediation contract can override the exception to the common law settlement privilege that enables parties to produce evidence of confidential communications in order to prove the existence or the scope of a settlement. The second question, which arises only if the answer to the first is yes, is whether the confidentiality clause at issue in the case at bar displaces that exception. If it does, the information referred to in the impugned paragraphs cannot be disclosed. If it does not, that information may be disclosed if it meets the criteria of the exception.

[28] The appellants argue that a court must give effect to a confidentiality clause in a mediation agreement to which both parties have freely consented, and that there are no public policy reasons to nullify the clause. The respondents counter that a standard form confidentiality clause cannot displace the exception to the common law settlement privilege and that, even if it could do so, the clause at issue in this case, if correctly interpreted, does not preclude the application of that exception.

[29] I see value in the submissions of both the appellants and the respondents. On the first question, I agree with the appellants that a court must give effect to a confidentiality clause to which both parties have agreed, and that it is open to the parties

l'existence ou la portée d'une entente de règlement. Infirmant la conclusion de la juge des requêtes, la Cour d'appel a statué que les allégations en cause dans la requête en homologation ne devaient pas être radiées. Elle a laissé au juge des requêtes le soin de déterminer si les paragraphes contestés permettent d'établir les modalités de l'entente, auquel cas l'exception au privilège relatif aux règlements de la common law doit s'appliquer.

#### IV. Analyse

[27] À mon avis, deux questions doivent être tranchées dans le présent pourvoi. Il s'agit en premier lieu de savoir si une clause de confidentialité dans un contrat de médiation privée peut écarter l'exception au privilège relatif aux règlements de la common law qui permet aux parties de produire en preuve des renseignements confidentiels afin d'établir l'existence ou la portée d'un règlement. La deuxième question, qui ne se pose que si la réponse à la première est affirmative, est de savoir si, en l'espèce, la clause de confidentialité a pour effet d'écarter cette exception. Dans l'affirmative, les renseignements dont font état les paragraphes contestés doivent rester confidentiels. Dans la négative, ces renseignements peuvent être divulgués s'ils répondent aux conditions d'application de l'exception.

[28] Les appelantes plaident que les tribunaux doivent donner effet à une clause de confidentialité contenue dans une entente de médiation à laquelle les deux parties ont consenti librement, et qu'il n'existe aucune raison d'intérêt général d'annuler cette clause. Les intimées répondent qu'une entente type de confidentialité ne peut écarter l'exception au privilège relatif aux règlements de la common law et que, même si elle pouvait l'écarter, la clause en question en l'espèce, si on l'interprète correctement, n'empêche pas l'application de cette exception.

[29] J'estime qu'il y a du bon dans les arguments des deux parties. En ce qui concerne la première question, je suis d'accord avec les appelantes pour dire que les tribunaux doivent donner effet à une clause de confidentialité acceptée par les deux

to contract out of common law rules, including the exception to settlement privilege. Parties may desire that the protection of confidential information disclosed in the mediation process be broader than that afforded by the common law privilege, and disregarding this desire would undermine one of the main features that encourage parties to opt for this oft-used form of alternative dispute resolution. On the second question, however, I agree with the respondents that, on the facts of this case, overriding the common law exception was not what the parties intended when they signed their mediation agreement, which means that the parties *can* produce communications from the mediation process to prove the terms of their settlement.

A. *Does a Confidentiality Clause Supersede the Exception to the Common Law Doctrine of Settlement Privilege?*

[30] This case requires a review both of the common law settlement privilege in the mediation context and of the use of confidentiality clauses in mediation agreements. In my view, it will be helpful to consider each of these distinct concepts — including their application in Quebec — in turn, before discussing how they overlap.

(1) Settlement Privilege

[31] Settlement privilege is a common law rule of evidence that protects communications exchanged by parties as they try to settle a dispute. Sometimes called the “without prejudice” rule, it enables parties to participate in settlement negotiations without fear that information they disclose will be used against them in litigation. This promotes honest and frank discussions between the parties, which can make it easier to reach a settlement: “In the absence of such protection, few parties would initiate settlement negotiations for fear that any concession they would be prepared to offer could be used to their

parties, et que les parties peuvent se soustraire par contrat aux règles de la common law, y compris à l’exception au privilège relatif aux règlements. Les parties peuvent souhaiter renforcer la protection des renseignements confidentiels échangés lors de la médiation au-delà de la protection qu’offre le privilège de la common law. Faire abstraction de leur volonté à cet égard irait à l’encontre de l’un des principaux aspects qui encouragent les parties à choisir cette forme communément acceptée de règlement extrajudiciaire des différends. Par contre, en ce qui concerne la deuxième question, je suis d’accord avec les intimées pour dire que, au vu des faits de l’espèce, lorsqu’elles ont signé leur entente de médiation, les parties n’avaient pas l’intention d’écarter l’exception de la common law, ce qui signifie que les parties *peuvent* produire les communications échangées lors de la médiation pour faire la preuve des modalités du règlement qu’elles ont conclu.

A. *Une clause de confidentialité a-t-elle préséance sur l’exception à la règle du privilège relatif aux règlements de la common law?*

[30] La présente affaire exige un examen du privilège relatif aux règlements de la common law dans un contexte de médiation, ainsi qu’un examen du recours aux clauses de confidentialité dans les ententes de médiation. J’estime utile d’examiner tour à tour chacune de ces notions distinctes — y compris leur application au Québec — et d’examiner ensuite la façon dont elles se chevauchent.

(1) Le privilège relatif aux règlements

[31] En common law, le privilège relatif aux règlements est une règle de preuve qui protège les communications échangées entre des parties qui tentent de régler un différend. Parfois appelé la règle des communications faites « sous toutes réserves », le privilège permet aux parties de prendre part à des négociations en vue d’un règlement sans crainte que les renseignements qu’elles divulguent soient utilisés à leur détriment dans un litige ultérieur. On favorise ainsi les discussions franches et ouvertes entre les parties, ce qui facilite le règlement du différend : [TRADUCTION] « En l’absence d’une

detriment if no settlement agreement was forthcoming” (A. W. Bryant, S. N. Lederman and M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (3rd ed. 2009), at para. 14.315).

[32] Encouraging settlements has been recognized as a priority in our overcrowded justice system, and settlement privilege has been adopted for that purpose. As Abella J. wrote in *Sable Offshore*, at para. 12, “[s]ettlement privilege promotes settlements.” She explained this as follows, at para. 13:

Settlement negotiations have long been protected by the common law rule that “without prejudice” communications made in the course of such negotiations are inadmissible (see David Vaver, ““Without Prejudice” Communications — Their Admissibility and Effect” (1974), 9 *U.B.C. L. Rev.* 85, at p. 88). The settlement privilege created by the “without prejudice” rule was based on the understanding that parties will be more likely to settle if they have confidence from the outset that their negotiations will not be disclosed. As Oliver L.J. of the English Court of Appeal explained in *Cutts v. Head*, [1984] 1 All E.R. 597, at p. 605:

. . . parties should be encouraged so far as possible to settle their disputes without resort to litigation and should not be discouraged by the knowledge that anything that is said in the course of such negotiations . . . may be used to their prejudice in the course of the proceedings. They should, as it was expressed by Clauson J in *Scott Paper Co v. Drayton Paper Works Ltd* (1927) 44 RPC 151 at 157, be encouraged freely and frankly to put their cards on the table.

What is said during negotiations, in other words, will be more open, and therefore more fruitful, if the parties know that it cannot be subsequently disclosed.

[33] There have been other occasions on which this Court discussed the importance of encouraging parties to settle their own disputes. For example,

telle protection, rares sont les parties qui s’engageraient dans des négociations en vue d’un règlement, par crainte que toute concession qu’elles seraient disposées à accorder ne soit utilisée à leur détriment si elles ne parviennent pas à conclure un règlement » (A. W. Bryant, S. N. Lederman et M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 2009), par. 14.315).

[32] Notre système de justice surchargé favorise de façon prioritaire le règlement des différends, et c’est à cette fin qu’a été adopté le privilège relatif aux règlements. Comme l’écrivait la juge Abella dans l’arrêt *Sable Offshore*, par. 12, « [l]e privilège relatif aux règlements favorise la conclusion de règlements. » Dans cet arrêt, la juge Abella a expliqué ce qui suit au par. 13 :

Les négociations en vue d’un règlement sont protégées depuis longtemps par la règle de la common law suivant laquelle sont inadmissibles les communications faites « sous toutes réserves » au cours de ces négociations (voir David Vaver, « “Without Prejudice” Communications — Their Admissibility and Effect » (1974), 9 *U.B.C. L. Rev.* 85, p. 88). Le privilège relatif aux règlements qui découle de la règle des communications faites « sous toutes réserves » reposait sur l’idée que les parties seront davantage susceptibles de parvenir à un règlement si elles sont confiantes dès le départ que le contenu de leurs négociations ne sera pas divulgué. Comme l’a expliqué le lord juge Oliver, de la Cour d’appel d’Angleterre, dans *Cutts c. Head*, [1984] 1 All E.R. 597, p. 605 :

[TRADUCTION] . . . il faut encourager dans toute la mesure du possible les parties à résoudre leurs différends sans recourir aux tribunaux, et elles ne doivent pas être dissuadées de le faire parce qu’elles savent que tout ce qui se dit au cours des négociations [. . .] peut être utilisé à leur détriment au cours de l’instance. Comme l’a dit le juge Clauson dans *Scott Paper Co c. Drayton Paper Works Ltd* (1927), 44 RPC 151, p. 157, il faut encourager librement et franchement les parties à jouer cartes sur table.

En d’autres termes, les discussions tenues lors des négociations seront plus transparentes et donneront par le fait même de meilleurs résultats si les parties savent que leur contenu ne pourra pas être dévoilé par la suite.

[33] À d’autres occasions, notre Cour a reconnu l’importance d’inciter les parties à régler elles-mêmes leur différend. Par exemple, s’exprimant

LeBel J., writing for the Court in *Globe and Mail*, cited *Kosko v. Bijimine*, 2006 QCCA 671 (CanLII), a case in which the Quebec Court of Appeal had commented as follows, at paras. 49-50:

[TRANSLATION] The protection of the confidentiality of these “settlement discussions” is the most concrete manifestation in the law of evidence of the importance that the courts assign to the settlement of disputes by the parties themselves. This protection takes the form of a rule of evidence or a common law privilege, according to which settlement talks are inadmissible in evidence.

The courts and commentators have unanimously recognized that, first, settlement talks would be impossible or at least ineffective without this protection and, second, that it is in the public interest and a matter of public order for the parties to a dispute to hold such discussions.

(See also *Kelvin Energy Ltd. v. Lee*, [1992] 3 S.C.R. 235, at p. 259, citing *Sparling v. Southam Inc.* (1988), 41 B.L.R. 22, at p. 28.)

[34] Settlement privilege applies even in the absence of statutory provisions or contract clauses with respect to confidentiality, and parties do not have to use the words “without prejudice” to invoke the privilege: “What matters instead is the intent of the parties to settle the action . . . . Any negotiations undertaken with this purpose are inadmissible” (*Sable Offshore*, at para. 14). Furthermore, the privilege applies even after a settlement is reached. The “content of successful negotiations” is therefore protected: *Sable Offshore*, at paras. 15-18. As with other class privileges, there are exceptions to settlement privilege:

To come within those exceptions, a defendant must show that, on balance, “a competing public interest outweighs the public interest in encouraging settlement” (*Dos Santos Estate v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54, at para. 20). These countervailing interests have been found to include allegations of misrepresentation, fraud or undue influence (*Unilever plc v. Procter & Gamble Co.*, [2001] 1 All E.R. 783 (C.A.

au nom de la Cour dans l’arrêt *Globe and Mail*, le juge LeBel a cité l’arrêt *Kosko c. Bijimine*, 2006 QCCA 671, [2006] R.J.Q. 1539, dans lequel la Cour d’appel du Québec a dit ce qui suit, aux par. 49-50 :

La protection du caractère confidentiel de ces « échanges de règlement » est la manifestation la plus concrète, en droit de la preuve, de l’importance qu’accordent les tribunaux au règlement des différends par les parties elles-mêmes. Cette protection prend la forme d’une règle de preuve ou d’un privilège en common law, par lequel les pourparlers de règlement ne sont pas admissibles en preuve.

Les tribunaux et la doctrine reconnaissent unanimement, d’une part, que sans cette protection aucun pourparler de règlement ne serait possible ou à tout le moins efficace et, d’autre part, qu’il y va de l’intérêt et de l’ordre public que les parties à un litige puissent procéder à de telles discussions.

(Voir également *Kelvin Energy Ltd. c. Lee*, [1992] 3 R.C.S. 235, p. 259, citant *Sparling c. Southam Inc.* (1988), 41 B.L.R. 22, p. 28.)

[34] Le privilège relatif aux règlements s’applique même en l’absence de dispositions législatives ou contractuelles concernant la confidentialité. En outre, les parties n’ont pas à utiliser l’expression « sous toutes réserves » pour invoquer le privilège : « Ce qui compte plutôt, c’est l’intention des parties de régler l’action [. . .] Le contenu de toute négociation entreprise à cette fin est inadmissible en preuve » (*Sable Offshore*, par. 14). De plus, le privilège s’applique même après la conclusion d’un règlement. Ainsi, le « contenu de négociations fructueuses » est protégé : *Sable Offshore*, par. 15-18. Tout comme pour les autres privilèges génériques, le privilège relatif aux règlements fait l’objet d’exceptions :

Pour en bénéficier, le défendeur doit établir que, tout compte fait, [TRANSLATION] « un intérêt public opposé l’emporte sur l’intérêt public à favoriser le règlement amiable » (*Dos Santos Estate c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54, par. 20). On a retenu parmi ces intérêts opposés les allégations de déclaration inexacte, la fraude ou l’abus d’influence (*Unilever plc c. Procter & Gamble Co.*, [2001] 1 All E.R.

Civ. Div.), *Underwood v. Cox* (1912), 26 O.L.R. 303 (Div. Ct.), and preventing a plaintiff from being over-compensated (*Dos Santos*).

(*Sable Offshore*, at para. 19)

[35] The exception to settlement privilege at issue in the case at bar is the rule that protected communications may be disclosed in order to prove the existence or scope of a settlement. This exception is explained by Bryant, Lederman and Fuerst:

If the negotiations are successful and result in a consensual agreement, then the communications may be tendered in proof of the settlement where the existence or interpretation of the agreement is itself in issue. Such communications form the offer and acceptance of a binding contract, and thus may be given in evidence to establish the existence of a settlement agreement. [para. 14.340]

The rule is simple, and it is consistent with the goal of promoting settlements. A communication that has led to a settlement will cease to be privileged if disclosing it is necessary in order to prove the existence or the scope of the settlement. Once the parties have agreed on a settlement, the general interest of promoting settlements requires that they be able to prove the terms of their agreement. Far from outweighing the policy in favour of promoting settlements (*Sable Offshore*, at para. 30), the reason for the disclosure — to prove the terms of a settlement — tends to further it. The rule makes sense because it serves the same purpose as the privilege itself: to promote settlements.

[36] In *Globe and Mail*, this Court confirmed that the common law settlement privilege applies in Quebec. As the Court of Appeal demonstrated in its reasons in the instant case, the exception for the purpose of proving the terms of a settlement also clearly applies in Quebec. The Court of Appeal cited a number of Quebec authors and cases on this point, and I find it helpful to reiterate how J.-C. Royer and S. Lavallée explain the application of the exception:

783 (C.A. div. civ.), *Underwood c. Cox* (1912), 26 O.L.R. 303 (C. div.), et la prévention de la surindemnisation du demandeur (*Dos Santos*).

(*Sable Offshore*, par. 19)

[35] L'exception au privilège relatif aux règlements en cause dans la présente affaire est la règle voulant que les communications protégées puissent être divulguées afin de faire la preuve de l'existence ou de la portée d'un règlement. Bryant, Lederman et Fuerst expliquent comme suit cette exception :

[TRADUCTION] Si les négociations sont fructueuses et mènent à une entente, les communications peuvent alors être présentées comme preuve du règlement lorsque l'existence ou l'interprétation de l'entente est mise en question. Ces communications constituent l'offre et l'acceptation d'un contrat exécutoire, et peuvent en conséquence être présentées en preuve pour établir l'existence d'un règlement. [par. 14.340]

Il s'agit d'une règle simple et conforme à l'idée de promouvoir les règlements. Une communication cesse d'être privilégiée si elle conduit à un règlement et si sa divulgation est nécessaire pour prouver l'existence ou la portée du règlement. Dès que les parties arrivent à un règlement, il importe, pour favoriser les règlements en général, que les parties soient en mesure de faire la preuve des modalités convenues. Loin de l'emporter sur le principe suivant lequel il faut favoriser les règlements à l'amiable (*Sable Offshore*, par. 30), la divulgation — en vue de prouver les modalités d'une entente — favorise en fait ce principe. Cette règle est logique car elle vise le même objectif que le privilège lui-même, soit favoriser les règlements.

[36] Dans l'arrêt *Globe and Mail*, notre Cour a confirmé que le privilège relatif aux règlements qui existe en common law s'applique au Québec. Comme l'a expliqué la Cour d'appel dans les motifs de sa décision en l'espèce, il est également évident que l'exception qui permet de prouver les modalités d'un règlement s'applique au Québec. La Cour d'appel cite sur ce point un certain nombre d'auteurs et de décisions judiciaires du Québec, et je considère utile de réitérer la façon dont les professeurs J.-C. Royer et S. Lavallée exposent l'application de cette exception :

[TRANSLATION] **1137** — *Limits of this privilege* — This rule for the exclusion of evidence is grounded in a desire to promote the out-of-court settlement of disputes. The privileged nature of the communication is accordingly limited to facts related to the negotiation of a settlement. Thus, an expert's report is privileged if it is transmitted with a communication made for the purpose of settling a dispute. Moreover, a litigant cannot object to evidence of a fact that is independent of and separate from a settlement offer. Such an objection will be dismissed *a fortiori* if the fact is contrary to public order or to public morals, or if it is likely to cause serious injury to the recipient of the communication. Thus, a threat made by a debtor in a settlement offer, or a statement by a debtor that he or she cannot pay his or her creditors, would not be privileged. A communication ceases to be privileged if it resulted in a transaction that one of the parties wishes to prove. The existence of negotiations between the parties and of settlement offers can also be proven in order to prove certain relevant facts needed to resolve a question with respect to prescription, to prove fraudulent acts or to explain and justify a delay in pursuing litigation. [Emphasis added.]

(*La preuve civile* (4th ed. 2008))

[37] Although this rule has not been codified in Quebec, it is discussed in the academic literature on the law of evidence and forms part of the civil law of Quebec. The Court of Appeal cited two cases in which the Superior Court has applied the exception: *Ferlatte and Luger v. Empire, cie d'assurance vie*, [1991] J.Q. n° 2635 (QL). In Quebec law, as at common law, settlement privilege is an evidentiary rule that relates to the admissibility of evidence of communications. It does not prevent a party from disclosing information; it just renders the information inadmissible in litigation.

## (2) Confidentiality in the Mediation Context

[38] Mediation is one of several forms of alternative dispute resolution that are available to parties in a legal dispute. It is defined by D. W. Glaholt and M. Rotterdam in *The Law of ADR in Canada: An Introductory Guide* (2011) as “a collaborative and strictly confidential process in which parties contract with a neutral, referred to as a mediator, to

**1137** — *Limites de ce privilège* — Cette règle d'exclusion de preuve est motivée par la volonté de favoriser le règlement à l'amiable des litiges. Aussi, le caractère privilégié de la communication est limité aux faits reliés à la négociation d'un règlement. Ainsi, une expertise est privilégiée lorsqu'elle est transmise avec une communication faite dans le but de régler un litige. Par ailleurs, un plaideur ne peut s'opposer à la preuve d'un fait indépendant et distinct d'une offre de règlement. Une telle objection sera *a fortiori* rejetée si le fait est contraire à l'ordre public ou à la morale ou s'il est de nature à causer un préjudice sérieux au destinataire de la communication. Ainsi, ne sont pas privilégiées la menace d'un débiteur contenue dans une offre de règlement et sa déclaration à l'effet qu'il est incapable de payer ses créanciers. Une communication cesse d'être privilégiée, si elle conduit à une transaction que l'une des parties désire établir. Il est également permis de prouver l'existence d'une négociation entre les parties et des offres de règlements pour faire la preuve de certains faits pertinents permettant de trancher une question de prescription, pour démontrer des manœuvres frauduleuses ou pour expliquer et justifier le retard à intenter une poursuite. [Je souligne.]

(*La preuve civile* (4<sup>e</sup> éd. 2008))

[37] Bien que cette règle ne soit pas codifiée dans le droit québécois, les ouvrages de doctrine sur le droit de la preuve en traitent et elle fait partie du droit civil du Québec. La Cour d'appel a cité deux décisions où la Cour supérieure a appliqué l'exception : *Ferlatte et Luger c. Empire, cie d'assurance vie*, [1991] J.Q. n° 2635 (QL). En droit québécois, tout comme en common law, le privilège relatif aux règlements constitue une règle de preuve qui porte sur l'admissibilité de la preuve de communications. Il n'empêche pas une partie de divulguer des renseignements, mais fait en sorte que les renseignements soient inadmissibles en preuve dans un litige.

## (2) La confidentialité dans le cadre de la médiation

[38] La médiation est l'un des divers modes de règlement extrajudiciaire des différends dont disposent les parties à un litige. Dans *The Law of ADR in Canada : An Introductory Guide* (2011), D. W. Glaholt et M. Rotterdam définissent la médiation comme suit : [TRADUCTION] « un processus de collaboration strictement confidentiel dans le cadre

assist them in settling their dispute” (p. 10). It is unsurprising that confidentiality is mentioned in the very definition of mediation. Confidentiality is often described as one of the factors that induce parties to opt for mediation (J. Thibault, *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada* (2000), at para. 197), and as one of the benefits of mediation (M. P. Silver, *Mediation and Negotiation: Representing Your Clients* (2001), at p. 82).

[39] A form of confidentiality is inherent in mediation in that the parties are typically discussing a settlement, which means that their communications are protected by the common law settlement privilege (Bryant, Lederman and Fuerst, at para. 14.348; see also L. Boulle and K. J. Kelly, *Mediation: Principles, Process, Practice* (1998), at pp. 301-4). But mediation is also a “creature of contract” (Glaholt and Rotterdam, at p. 13), which means that parties can tailor their confidentiality requirements to exceed the scope of that privilege and, in the case of breach, avail themselves of a remedy in contract.

[40] As both the appellants and the intervener Arbitration Place Inc. mention, the reasons why parties might want to protect information exchanged in the mediation process are not limited to litigation strategy. Owen V. Gray states the following in this regard in “Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation” (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 667:

When [the parties] have resorted to mediation in an attempt to settle pending or threatened litigation, they will be particularly alert to the possibility that information they reveal to others in mediation may later be used against them by those others in that, or other, litigation. The parties may also be concerned that their communications might be used by other adversaries or potential adversaries, including public authorities, in other present or future conflicts. . . . Parties may also be concerned that disclosure of information they reveal in

duquel les parties concluent un contrat avec une personne neutre, en l’occurrence un médiateur, qui les aidera à régler leur différend » (p. 10). Il n’est pas étonnant que la confidentialité soit mentionnée dans la définition même de la médiation. Elle est en effet souvent considérée comme l’un des facteurs qui incitent les gens à recourir à la médiation (J. Thibault, *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada* (2000), par. 197) et l’un de ses avantages (M. P. Silver, *Mediation and Negotiation : Representing Your Clients* (2001), p. 82).

[39] La confidentialité constitue un aspect intrinsèque de la médiation en ce que les parties à ce processus discutent généralement de possibilités de règlement; pour cette raison, leurs communications sont protégées par le privilège relatif aux règlements de la common law (Bryant, Lederman et Fuerst, par. 14.348; voir également L. Boulle et K. J. Kelly, *Mediation : Principles, Process, Practice* (1998), p. 301-304). Mais la médiation est aussi une [TRADUCTION] « création contractuelle » (Glaholt et Rotterdam, p. 13) puisqu’elle permet aux parties de se doter, en matière de confidentialité, d’exigences supérieures à celles que leur offre le privilège et, en cas de manquement, de se prévaloir d’un recours contractuel.

[40] Comme l’indiquent les appelantes et l’intervenante Arbitration Place Inc., les raisons pour lesquelles les parties voudraient protéger les renseignements échangés lors de la médiation ne se limitent pas à des considérations stratégiques liées au litige. Dans « Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation » (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 667, Owen. V. Gray a fait observer ce qui suit :

[TRADUCTION] Quand elles ont recours à la médiation pour tenter de régler un litige ou une menace de litige, [les parties] sont particulièrement sensibles à la possibilité que les renseignements qu’elles révèlent à d’autres personnes au cours de la médiation puissent plus tard être utilisés contre elles dans le cadre de ce litige ou d’un autre différend. Les parties peuvent aussi craindre que leurs communications puissent être utilisées par d’autres adversaires ou des adversaires potentiels, y compris les autorités publiques, dans d’autres conflits présents ou

the mediation process may prejudice them in commercial dealings or embarrass them in their personal lives. [Emphasis added; p. 671.]

Incentives for choosing confidential mediation include both “a disinclination to ‘air one’s dirty laundry’ in the neighborhood” and legitimate concerns such as the protection of trade secrets (L. R. Freedman and M. L. Prigoff, “Confidentiality in Mediation: The Need for Protection” (1986), 2 *Ohio St. J. Disp. Resol.* 37, at p. 38).

[41] It is therefore no surprise that mediation contracts often contain strongly worded confidentiality clauses that place limits on the disclosure of communications exchanged in the course of the mediation process. Such clauses have been upheld by courts, though not in a context in which the parties were trying to prove the existence of a settlement. In *Bloom Films 1998 inc. v. Christal Films productions inc.*, 2011 QCCA 1171 (CanLII), the Quebec Court of Appeal upheld a confidentiality clause in a case in which a party was seeking to introduce evidence arising out of the mediation process. The clause in question specifically prohibited the use of such evidence for any purpose other than homologation or judicial review. And in *Stewart v. Stewart*, 2008 ABQB 348 (CanLII), another case involving a confidentiality clause with respect to communications made in the course of a mediation process, albeit in a family law context, the Alberta Court of Queen’s Bench refused to admit evidence arising out of that process.

[42] Although the confidentiality provided for in a clause of a mediation contract may be broader, and set out in greater detail, than the common law settlement privilege, several authors caution that such a clause nevertheless does not represent a “watertight” approach to confidentiality and that a court may refuse to enforce it after balancing competing interests, such as the role of confidentiality in encouraging settlement, and evidentiary

futurs. [ . . . ] Elles peuvent aussi craindre que la divulgation des renseignements qu’elles communiquent au cours de la médiation puisse leur nuire dans leurs rapports commerciaux ou les gêner dans leur vie privée. [Je souligne; p. 671.]

La [TRADUCTION] « réticence à “laver son linge sale en public” » ainsi que des préoccupations légitimes telles que la protection de secrets commerciaux comptent parmi les facteurs qui incitent à choisir la médiation confidentielle (L. R. Freedman et M. L. Prigoff, « Confidentiality in Mediation : The Need for Protection » (1986), 2 *Ohio St. J. Disp. Resol.* 37, p. 38).

[41] Il n’est donc guère surprenant de constater souvent dans des contrats de médiation des clauses de confidentialité qui limitent en termes très explicites la divulgation des communications échangées au cours de la médiation. Les tribunaux ont confirmé la validité de telles clauses, mais non dans un contexte où les parties tentaient de prouver l’existence d’un règlement. Dans *Bloom Films 1998 inc. c. Christal Films productions inc.*, 2011 QCCA 1171 (CanLII), la Cour d’appel du Québec a confirmé la validité d’une clause de confidentialité alors que l’une des parties tentait de présenter en preuve des renseignements échangés au cours d’un processus de médiation. La clause en question interdisait expressément l’utilisation de tels éléments de preuve, sauf dans le cadre d’une demande d’homologation ou de révision judiciaire. Et dans l’arrêt *Stewart c. Stewart*, 2008 ABQB 348 (CanLII), une autre affaire concernant une clause de confidentialité des communications faites au cours d’une médiation, quoique dans un contexte de droit de la famille, la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a refusé d’admettre des éléments de preuve provenant de la médiation.

[42] Bien qu’une clause d’un contrat de médiation puisse assurer la protection de la confidentialité d’une façon plus exhaustive que ne le fait le privilège relatif aux règlements de la common law, plusieurs auteurs rappellent que la confidentialité assurée par une telle clause n’est pas « absolue » et que les tribunaux peuvent refuser de lui donner effet après avoir pondéré les intérêts opposés, par exemple, favoriser les règlements à l’amiable au



requirements in litigation (see Boulle and Kelly, at pp. 309 and 312-13; F. Crosbie, “Aspects of Confidentiality in Mediation: A Matter of Balancing Competing Public Interests” (1995), 2 *C.D.R.J.* 51, at p. 70; K. L. Brown, “Confidentiality in Mediation: Status and Implications”, [1991] *J. Disp. Resol.* 307; E. D. Green, “A Heretical View of the Mediation Privilege” (1986), 2 *Ohio St. J. Disp. Resol.* 1, at pp. 19-22; Freedman and Prigoff, at p. 41).

[43] The intervener Arbitration Place Inc. suggests that the four-part Wigmore test, sometimes used by common law courts to determine whether evidence of communications is admissible, be applied to balance the competing interests. The four parts of the test are:

- (i) The communications must originate in a confidence that they will not be disclosed.
- (ii) The element of confidentiality must be essential to the maintenance of the relationship in which the communications arose.
- (iii) The relationship must be one which, in the opinion of the community, ought to be “sedulously fostered.”
- (iv) The injury caused to the relationship by disclosure of the communications must be greater than the benefit gained for the correct disposal of the litigation.

(I.F., at para. 4, citing *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254, at p. 260.)

This Court applied this test in *Slavutych* to determine whether a confidential document signed by the appellant at the request of the university authorities should remain privileged in dismissal proceedings subsequently taken against the appellant. The Court also applied it in *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, to determine whether religious communications should remain privileged in a criminal context.

moyen de la confidentialité et respecter les règles de preuve applicables aux litiges (voir Boulle et Kelly, p. 309 et 312-313; F. Crosbie, « Aspects of Confidentiality in Mediation : A Matter of Balancing Competing Public Interests » (1995), 2 *C.D.R.J.* 51, p. 70; K. L. Brown, « Confidentiality in Mediation : Status and Implications », [1991] *J. Disp. Resol.* 307; E. D. Green, « A Heretical View of the Mediation Privilege » (1986), 2 *Ohio St. J. Disp. Resol.* 1, p. 19-22; Freedman et Prigoff, p. 41).

[43] Comme moyen de pondérer les intérêts opposés, l’intervenante Arbitration Place Inc. propose le critère à quatre volets énoncé par Wigmore, que les tribunaux de common law appliquent parfois pour déterminer si la preuve des communications est admissible. Les quatre volets de ce critère sont les suivants :

[TRADUCTION]

- (i) Les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l’assurance qu’elles ne seraient pas divulguées.
- (ii) Le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien des rapports entre les parties.
- (iii) Les rapports doivent être de la nature de ceux qui, selon l’opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment.
- (iv) Le préjudice permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications doit être plus considérable que l’avantage à retirer d’une juste décision.

(m.i., par. 4, citant *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254, p. 260.)

Notre Cour a appliqué ce critère dans l’arrêt *Slavutych* afin de déterminer si un document confidentiel signé par l’appelant à la demande des autorités de l’université devait demeurer protégé dans le cadre d’une procédure de licenciement engagée subséquemment contre l’appelant. Elle l’a également appliqué dans l’arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, afin de déterminer si des communications religieuses devaient demeurer protégées dans un contexte criminel.

[44] The intervener Attorney General of British Columbia, on the other hand, suggests that the plain meaning of an unambiguous confidentiality agreement should prevail, barring extreme circumstances. As for the respondents, they say that courts should look beyond the plain meaning to account for the wishes of the parties. I agree with these approaches. In principle, there is relatively little that can displace the intent of the parties once it is clearly established. Only the fourth step of the Wigmore test — the balancing of interests — is potentially relevant in this case. In my view, the first three steps of the Wigmore test are redundant where parties have not only opted for a confidential dispute resolution process, but have also signed a confidentiality agreement.

(3) Can a Confidentiality Clause in a Mediation Agreement Displace the Exception to Settlement Privilege That Applies Where a Party Seeks to Prove the Terms of a Settlement?

[45] The common law settlement privilege and confidentiality in the mediation context are often conflated. They do have a common purpose: facilitating out-of-court settlements. But as we saw above, confidentiality clauses in mediation agreements can also have different purposes. In most cases involving such clauses, the status of the common law settlement privilege will not arise, because the two protections generally serve the same purpose, namely to foster negotiations by encouraging parties to be honest and forthright in reaching a settlement without fear that the information they disclose will be used against them at a later date. However, as I mentioned above, settlement privilege and a confidentiality clause are not the same, and they may in some circumstances conflict. One is a rule of evidence, while the other is a binding agreement; they do not afford the same protection, nor are the consequences for breaching them necessarily the same.

[44] Par contre, le procureur général de la Colombie-Britannique, intervenant, fait valoir que le sens ordinaire d'une entente de confidentialité non équivoque devrait prévaloir à moins de circonstances exceptionnelles. Pour leur part, les intimées affirment que les tribunaux ne doivent pas s'arrêter au sens ordinaire d'une entente et doivent tenir compte du désir des parties. Je souscris à ces approches. En principe, il serait relativement difficile d'écarter l'intention des parties dès lors qu'elle est clairement établie. Seul le quatrième volet du critère de Wigmore — la pondération des intérêts — pourrait être pertinent en l'espèce. À mon avis, les trois premiers volets de ce critère sont superflus lorsque les parties ont non seulement choisi de recourir à un mécanisme confidentiel de règlement des différends, mais ont aussi signé une entente de confidentialité.

(3) Une clause de confidentialité d'une entente de médiation peut-elle écarter l'exception au privilège relatif aux règlements qui s'applique lorsqu'une partie cherche à faire la preuve des modalités d'un règlement?

[45] Le privilège relatif aux règlements de la common law et le caractère confidentiel de la médiation sont souvent confondus. Ils ont un objectif commun : favoriser les règlements extrajudiciaires. Or, comme nous l'avons vu, les clauses de confidentialité des ententes de médiation peuvent également avoir d'autres objectifs. Dans la plupart des cas où l'on retrouve ces clauses, la question du privilège relatif aux règlements de la common law ne se posera pas parce que les deux mesures de protection visent en général le même objectif, soit favoriser la négociation en encourageant les parties à conclure un règlement en toute franchise et honnêteté, sans crainte que les renseignements échangés soient ultérieurement utilisés à leur détriment. Toutefois, comme nous l'avons vu, le privilège relatif aux règlements et la clause de confidentialité sont différents et peuvent parfois entrer en conflit. L'un est une règle de preuve, l'autre est une entente exécutoire; la portée de la protection qu'ils offrent n'est pas la même, et les conséquences en cas de manquement ne sont pas nécessairement les mêmes.

[46] The differences between these protections may be muddled in a case like this one in which both of them could apply, but to different parts of the sequence of events. The parties met for the mediation session on April 27, 2011, the day after they had signed an agreement with a confidentiality clause. The clause in question applied to discussions that took place in the course of the mediation session and prohibited the disclosure of information about those discussions at any time in the future. A settlement offer was made at the mediation session, was kept open for 30 days after that date, and was discussed by the parties' lawyers after the session. Any additional information that came up in the course of these subsequent discussions falls outside the protection of the confidentiality clause — however, since it formed part of negotiations aimed at reaching a settlement, it is protected by settlement privilege. As regards the timing of the communications, the scope of settlement privilege is broader, because it is not limited to the duration of the mediation session.

[47] On the other hand, there are recognized exceptions to settlement privilege at common law that limit the scope of its protection, but such exceptions may be lacking in the case of a confidentiality clause. The question is whether an absolute confidentiality clause in a mediation agreement displaces the common law exception, thereby preventing parties from producing evidence of communications made in the mediation process in order to prove the terms of a settlement.

[48] There is indeed a delicate balance to be struck. The concerns articulated by commentators about the uncertainty of confidentiality clauses in mediation contracts are legitimate. Boule and Kelly accurately identify the most important of these concerns:

The principle of sanctity of contract supports the maintenance of confidentiality where the parties have committed themselves to it. If, however, the confidentiality is

[46] Les différences entre ces mesures de protection peuvent être floues dans un cas comme celui qui nous occupe, où il est possible que les deux s'appliquent, mais à différentes étapes de la séquence des événements. Les parties se sont rencontrées lors d'une séance de médiation le 27 avril 2011, après avoir signé la veille une entente prévoyant une clause de confidentialité. Cette clause s'appliquait aux discussions tenues au cours de la séance de médiation et interdisait la divulgation ultérieure de renseignements relatifs à ces discussions. Une offre de règlement a été présentée au cours de la médiation; l'offre était maintenue valide pour une période de 30 jours et a fait l'objet de discussions entre les avocats des parties après que la médiation eut pris fin. Les renseignements additionnels générés au cours de ces discussions subséquentes ne sont pas protégés par la clause de confidentialité mais, puisqu'ils font partie des négociations en vue d'un règlement, ils sont protégés par le privilège relatif aux règlements. En ce qui concerne le moment où les communications sont faites, la portée du privilège relatif aux règlements est plus large étant donné que son application n'est pas limitée à la durée de la séance de médiation.

[47] Par contre, le privilège relatif aux règlements souffre d'exceptions reconnues en common law qui limitent la portée de sa protection, alors que les clauses de confidentialité peuvent ne pas comporter de telles exceptions. Il s'agit de savoir si une clause de confidentialité absolue d'une entente de médiation a pour effet d'écarter l'exception de la common law, empêchant de ce fait les parties de produire en preuve, afin d'établir les modalités d'un règlement, les communications faites dans le cadre de la médiation.

[48] Il faut effectivement établir un équilibre délicat. Les préoccupations formulées par les auteurs au sujet du caractère incertain des clauses de confidentialité des contrats de médiation sont légitimes. Boule et Kelly indiquent avec précision les préoccupations les plus importantes :

[TRADUCTION] Le principe de l'inviolabilité du contrat justifie le maintien de la confidentialité lorsque les parties se sont engagées elles-mêmes à cet égard. Toutefois, si

too wide, it will sterilise too much evidence and seriously undermine the trial process. If the confidentiality is too narrow, it will discourage parties from entering mediation and from using their best endeavours to settle once there. A balance is required between supporting mediation, on one hand, and not freezing litigation or upholding illegality, on the other. [pp. 312-13]

[49] In my view, the inquiry in each case will begin with an interpretation of the contract. It must be asked whether the confidentiality clause actually conflicts with settlement privilege or with the recognized exceptions to that privilege. Where parties contract for greater confidentiality protection than is available at common law, the will of the parties should presumptively be upheld absent such concerns as fraud or illegality. I have discussed reasons why parties might desire greater confidentiality protection, and allowing parties to freely contract for such protection furthers the valuable public purpose of promoting settlement. As Professor Green states,

if a written confidentiality agreement exists, the parties are in a stronger position to argue that the court should exercise its discretion to grant a protective order assuring confidentiality because protecting the confidentiality of mediation statements furthers the expressed intentions of the parties as well as the public policy of encouraging extra-judicial settlements. [p. 22]

[50] But contracting out of the exception to settlement privilege that applies where a party seeks to prove the terms of a settlement is a different matter. As I mentioned above, a failure to apply this common law exception could frustrate the broader purpose of promoting settlements in that it might prevent parties from enforcing the terms of settlements they have negotiated. Thus, whereas contracting for broader protection than is afforded by the common law settlement privilege may further the overall purpose of that privilege in most

la confidentialité a une portée trop large, elle aura pour effet d'éliminer un nombre trop élevé d'éléments de preuve et de nuire gravement au processus judiciaire. Si la confidentialité a une portée trop restreinte, elle aura pour effet de dissuader les parties de recourir à la médiation et de faire tout leur possible pour arriver à un règlement. Il faut rechercher l'équilibre entre l'appui donné à la médiation, d'une part, et le fait de ne pas faire obstacle au litige ou de maintenir l'illégalité, d'autre part. [p. 312-313]

[49] À mon avis, l'analyse dans chaque cas débutera par l'interprétation du contrat. Il faut se demander si la clause de confidentialité entre effectivement en conflit avec le privilège relatif aux règlements ou avec ses exceptions reconnues. Lorsque les parties concluent un contrat qui leur assure une protection supérieure à celle qu'offre la common law, il y a lieu à première vue de confirmer leur volonté, sous réserve de préoccupations concernant la fraude ou l'illégalité. J'ai déjà examiné les raisons pour lesquelles les parties pourraient vouloir renforcer la protection de la confidentialité des renseignements; le fait de permettre aux parties de contracter librement à cet égard facilite la réalisation de l'important objectif public qui consiste à favoriser les règlements extrajudiciaires. Comme l'affirme le professeur Green,

[TRANSLATION] s'il existe une entente de confidentialité écrite, les parties sont mieux en mesure de soutenir que la cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance de non-divulgence parce que la protection du caractère confidentiel des échanges survenus lors de la médiation a pour effet de promouvoir l'intention expresse des parties ainsi que l'intérêt public consistant à favoriser les règlements extrajudiciaires. [p. 22]

[50] Or, il en va autrement en ce qui concerne le fait d'écartier par contrat l'exception au privilège relatif aux règlements qui s'applique lorsqu'une personne cherche à prouver les modalités d'un règlement. J'ai déjà expliqué que le défaut d'appliquer cette exception de la common law peut entraver la réalisation de l'objectif plus général qui est de favoriser le règlement à l'amiable, en empêchant les parties d'exiger le respect des modalités d'un règlement négocié. Ainsi, bien que le contrat visant à obtenir une protection supérieure à celle

circumstances, contracting out of the exceptions to the privilege might undermine that purpose. This may be what was behind the Court of Appeal's decision, as it largely favoured the exception to settlement privilege over the confidentiality clause.

[51] In my respectful opinion, the Court of Appeal did not devote adequate attention in its analysis to freedom of contract. It is open to contracting parties to create their own rules with respect to confidentiality that entirely displace the common law settlement privilege. This furthers both freedom of contract and the likelihood of settlement, two important public purposes. However, the mere fact of signing a mediation agreement that contains a confidentiality clause does not automatically displace the privilege and the exceptions to it. As I mentioned above, these protections do not have the same scope. For instance, settlement privilege applies to all communications that lead up to a settlement, even after a mediation session has concluded. It cannot be argued that parties who agree to confidentiality in respect of a mediation session thereby deprive themselves of the application of settlement privilege after the conclusion of the mediation session. The protection afforded by the privilege does not evaporate the moment the parties contract for confidentiality with respect to the mediation process, unless that is the contract's intended effect.

[52] I would note that there has been some international agreement on this approach to confidentiality in the mediation context. Jurisdictions in 14 countries with both common law and civil law systems, including Ontario (S.O. 2010, c. 16, Sch. 3) and Nova Scotia (S.N.S. 2005, c. 36), have adopted the United Nations Commission on International Trade Law's Model Law on International Commercial Conciliation. Article 9 of the Model Law states:

qu'offre le privilège relatif aux règlements puisse, dans la plupart des cas, favoriser l'objectif général du privilège, le fait d'écarter par contrat les exceptions à ce privilège peut faire obstacle à la réalisation de cet objectif. Voilà probablement ce qui sous-tend la décision de la Cour d'appel, qui a pratiquement mis de côté la clause de confidentialité pour appliquer l'exception au privilège relatif aux règlements.

[51] J'estime en toute déférence que, dans son analyse, la Cour d'appel n'a pas accordé suffisamment d'attention à la liberté contractuelle. Il est loisible aux parties contractantes d'établir leurs propres règles de confidentialité et d'écarter complètement le privilège relatif aux règlements de la common law. Elles favorisent alors la liberté contractuelle et la probabilité d'un règlement, deux importants objectifs publics. Cependant, le simple fait de signer une entente de médiation assortie d'une clause de confidentialité n'écarter pas automatiquement le privilège et ses exceptions. Comme je l'ai déjà mentionné, ces mesures de protection n'ont pas la même portée. À titre d'exemple, le privilège relatif aux règlements s'applique à toute communication qui mène au règlement, même à celles faites après la fin de la séance de médiation. On ne saurait affirmer que les parties qui acceptent de garder confidentielle la teneur d'une séance de médiation se privent de ce fait de l'application du privilège relatif aux règlements après la fin de la séance de médiation. La protection qu'offre le privilège ne se dissipe pas dès que les parties concluent un contrat assurant le caractère confidentiel de la médiation, sauf s'il s'agit là de l'effet recherché au contrat.

[52] Je fais observer qu'un certain consensus international témoigne de cette approche en matière de confidentialité de la médiation. Dans 14 pays où le système juridique est celui de la common law ou du droit civil, des administrations, y compris l'Ontario (L.O. 2010, ch. 16, ann. 3) et la Nouvelle-Écosse (S.N.S. 2005, ch. 36), ont adopté la Loi type sur la conciliation commerciale internationale de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. L'article 9 de la Loi type prévoit ce qui suit :

Unless otherwise agreed by the parties, all information relating to the conciliation proceedings shall be kept confidential, except where disclosure is required under the law or for the purposes of implementation or enforcement of a settlement agreement. [Emphasis added.]

(*UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002* (2004), at p. 5)

[53] This article, with which my approach is consistent, recognizes the need for confidentiality in the settlement context, but also provides that parties may enter into their own agreements in this regard. Furthermore, it indicates widespread acceptance in both common law and civil law jurisdictions that an exception to settlement privilege applies where a party seeks to prove the existence or the terms of a settlement.

[54] Where an agreement could have the effect of preventing the application of a recognized exception to settlement privilege, its terms must be clear. It cannot be presumed that parties who have contracted for greater confidentiality in order to foster frank communications and thereby promote a settlement also intended to displace an exception to settlement privilege that serves the same purpose of promoting a settlement. Parties are free to do this, but they must do so clearly. To avoid a dispute over the terms of a settlement, they may also choose to stipulate that, to be valid, any settlement agreed to in the mediation must be immediately put into writing. This practice is specifically contemplated in art. 1414 of the *Civil Code of Québec*, which provides that “[w]here a particular or solemn form is required as a necessary condition of formation of a contract, it shall be observed”. Such a stipulation would underscore the binding nature of any agreement reached in the course of the mediation process.

[55] I wish to emphasize that my analysis concerns one exception to the common law settlement

Sauf convention contraire des parties, toutes les informations relatives à la procédure de conciliation doivent demeurer confidentielles, sauf lorsque la divulgation est exigée par la loi ou est rendue nécessaire pour la mise en œuvre ou l’exécution de l’accord issu de la conciliation. [Je souligne.]

(*Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale et Guide pour son incorporation dans le droit interne et son utilisation 2002* (2004), p. 5)

[53] Cette disposition, qui est conforme à l’approche que je préconise, reconnaît le besoin de confidentialité dans le contexte des règlements, mais elle prévoit également que les parties peuvent conclure leurs propres ententes de confidentialité. En outre, elle signale l’acceptation généralisée, dans les administrations de common law et de droit civil, de l’application d’une exception au privilège relatif aux règlements lorsqu’une partie cherche à prouver l’existence ou les modalités d’un règlement.

[54] Lorsqu’une entente pourrait avoir pour effet d’empêcher l’application d’une exception reconnue au privilège relatif aux règlements, elle doit l’exprimer clairement. On ne saurait présumer que les parties, qui ont renforcé par contrat la confidentialité afin de favoriser l’échange en toute franchise des communications et de promouvoir de ce fait un règlement, entendaient également écarter une exception au privilège relatif aux règlements dont l’objet est aussi de promouvoir un règlement. Les parties ont toute liberté de le faire, pourvu qu’elles le fassent clairement. Pour éviter un conflit au sujet des modalités d’un règlement, les parties peuvent également prévoir que, pour être valide, tout règlement conclu au cours de la médiation doit être immédiatement constaté par écrit. Cette pratique est envisagée spécifiquement à l’art. 1414 du *Code civil du Québec*, qui prévoit que, « [l]orsqu’une forme particulière ou solennelle est exigée comme condition nécessaire à la formation du contrat, elle doit être observée ». Une telle stipulation soulignerait le caractère exécutoire de toute entente conclue au cours de la médiation.

[55] Je tiens à préciser que mon analyse porte sur une seule exception au privilège relatif aux

privilege — the one that applies where a party seeks to prove the terms of a settlement. I have not discussed other exceptions, such as the one with respect to fraudulent or unlawful communications, as they are not at issue in this case. Nor will I consider whether the mediator could be compelled to testify in a situation such as this one. The evidence before this Court is limited to the impugned paragraphs of the motion for homologation, so I will not address the appropriate legal threshold for permitting or compelling direct testimony by the mediator. I will leave that question for another day.

[56] In my opinion, the information the respondents seek to disclose with the impugned paragraphs of their motion for homologation is protected by the confidentiality clause, and not solely by settlement privilege. It was open to the parties to displace settlement privilege, including the exceptions to it. The question is whether they did so.

[57] The mediation contract was signed and performed in Quebec. It must be interpreted in accordance with the *Civil Code of Québec* and with the law of obligations.

B. *Does This Mediation Contract Permit the Parties to Use Confidential Information in Order to Prove the Terms of a Settlement?*

[58] I have concluded that it is generally open to parties, in the mediation context, to contract for confidentiality that exceeds that of the common law settlement privilege; in particular, parties may contract out of the exception to that privilege that enables a party to disclose confidential information in order to prove the terms of a settlement. I will now inquire into whether that is what the parties did in this case. What is the effect of the mediation contract at issue here?

[59] In Quebec, contractual interpretation is centered on the intention of the parties. As J.-L.

règlements de la common law — celle qui s'applique lorsqu'une partie cherche à prouver les modalités d'un règlement. Je n'ai pas examiné les autres exceptions, comme celle qui concerne les communications frauduleuses ou illégales, puisqu'elles ne sont pas en cause en l'espèce. Je n'examinerai pas non plus la question de savoir si le médiateur pourrait être contraint de témoigner dans une situation telle celle en l'espèce. La preuve devant notre Cour ne porte que sur les paragraphes contestés de la requête en homologation, et je ne traiterai pas du seuil légal qui permettrait de contraindre le médiateur à rendre un témoignage direct. Cette question pourra être examinée à une autre occasion.

[56] À mon avis, les renseignements que les intimées cherchent à divulguer par les paragraphes contestés de leur requête en homologation sont protégés par la clause de confidentialité, et non seulement par le privilège relatif aux règlements. Les parties pouvaient écarter le privilège relatif aux règlements, y compris ses exceptions. La question est de savoir si elles l'ont fait.

[57] Le contrat de médiation a été signé et exécuté au Québec. Il doit donc être interprété conformément au *Code civil du Québec* et au droit québécois des obligations.

B. *Ce contrat de médiation permet-il aux parties d'utiliser des renseignements confidentiels afin de faire la preuve des modalités d'un règlement?*

[58] J'ai conclu que de façon générale, dans un contexte de médiation, les parties peuvent établir par contrat des règles de confidentialité dont la portée dépasse celle du privilège relatif aux règlements de la common law. En particulier, elles peuvent se soustraire par contrat à l'exception à ce privilège qui permet à une partie de divulguer des renseignements confidentiels afin de faire la preuve des modalités d'un règlement. J'examine maintenant la question de savoir si c'est ce qu'ont fait les parties dans la présente affaire. Quel est l'effet du contrat de médiation en cause en l'espèce?

[59] Au Québec, l'interprétation des contrats est centrée sur l'intention des parties. Comme

Baudouin and P.-G. Jobin explain, where the parties disagree about the scope of a contract clause, the judge must determine what the parties originally intended, at the time of formation of the contract (*Les obligations* (7th ed. 2013), P.-G. Jobin and N. Vézina, eds., at pp. 488-89). This rule of contractual interpretation is codified in a number of provisions of the *Civil Code of Québec*:

**1425.** The common intention of the parties rather than adherence to the literal meaning of the words shall be sought in interpreting a contract.

**1426.** In interpreting a contract, the nature of the contract, the circumstances in which it was formed, the interpretation which has already been given to it by the parties or which it may have received, and usage, are all taken into account.

**1427.** Each clause of a contract is interpreted in light of the others so that each is given the meaning derived from the contract as a whole.

**1431.** The clauses of a contract cover only what it appears that the parties intended to include, however general the terms used.

[60] The Quebec Court of Appeal explained this interpretive approach in *Sobeys Québec inc. v. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy*, 2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100:

[TRANSLATION] To establish the true will of the parties, and their common intention within the meaning of article 1425 C.C.Q., it is of course necessary to consider the actual words of the contract, but it is also necessary, as required by article 1426 C.C.Q., to consider the nature of the contract, the circumstances in which it was formed, the interpretation which has already been given to it by the parties or which it may have received, and usage.

Deciphering the parties' intention is of course a delicate exercise, especially where that intention conflicts with the intention expressed in a writing that is by all appearances clear. Moreover, it can happen, which does not make things easier, that a review of the contract itself, of its context, of the circumstances in which it was formed, of the subsequent conduct of the parties, and so on, shows that there was no real common intention. Pineau and Gaudet [*Théorie des obligations* (4th ed. 2001), at pp. 401-2] explain this as follows:

l'expliquent J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, lorsque les parties ne s'entendent pas sur la portée d'une disposition contractuelle, il appartient au juge de déterminer quelle était leur intention à l'origine, au moment de la formation du contrat (*Les obligations* (7<sup>e</sup> éd. 2013), P.-G. Jobin et N. Vézina, dir., p. 488-489). Plusieurs dispositions du *Code civil du Québec* codifient cette règle d'interprétation des contrats :

**1425.** Dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés.

**1426.** On tient compte, dans l'interprétation du contrat, de sa nature, des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu'il peut avoir reçue, ainsi que des usages.

**1427.** Les clauses s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble du contrat.

**1431.** Les clauses d'un contrat, même si elles sont énoncées en termes généraux, comprennent seulement ce sur quoi il paraît que les parties se sont proposé de contracter.

[60] La Cour d'appel du Québec a expliqué cette méthode d'interprétation dans l'arrêt *Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Sainte-Foy*, 2005 QCCA 1172, [2006] R.J.Q. 100 :

Il faut pour déterminer la volonté réelle des parties et leur commune intention au sens de l'article 1425 C.C.Q. examiner le texte même du contrat, bien sûr, mais aussi, comme le prescrit l'article 1426 C.C.Q., sa nature, les circonstances dans lesquelles il a été conclu, l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu'il peut avoir reçue, ainsi que les usages.

Bien sûr, le décodage de la volonté des parties, surtout quand cette dernière s'oppose à la volonté exprimée dans un écrit qui a toutes les apparences de la clarté, est un exercice délicat. Il peut arriver en outre, ce qui ne simplifie pas les choses, que l'étude de la matière du contrat, de son contexte, des circonstances de sa conclusion, du comportement subséquent des parties, et ainsi de suite, témoigne d'une absence de véritable intention commune. Pineau et Gaudet [*Théorie des obligations* (4<sup>e</sup> éd. 2001), p. 401-402] expliquent ainsi que :



Moreover, the principle stated in article 1425 C.C.Q. presupposes that there is always a common intention to “find”. But that is not always the case. Of course, for there to be a contract, there must be a minimal common intention, but it is very possible that the parties, although they had a genuine common intention regarding the essential elements of the contract, also agreed on certain incidental clauses that each of them, in his or her heart of hearts, interpreted differently. In such a case, it is of course impossible to rely on the common intention of the parties, as there is none. All that can then be done is to adopt the interpretation that can most readily be reconciled with the rest of the contract and with the circumstances in which it was concluded. [paras. 59-60]

[61] This approach was also confirmed by this Court in *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838: “. . . the determination of the common intention, or will, of the parties represents a true exercise of interpretation” (para. 48; see also D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at paras. 1587-90; S. Grammond, A.-F. Debruche and Y. Campagnolo, *Quebec Contract Law* (2011), at paras. 297-301).

[62] On its face, the mediation contract at issue in the case at bar shows a common intention on the part of the parties to be bound by confidentiality in respect of anything that might transpire in the course of the mediation. But the question to be answered is more specific and concerns an incidental aspect of the contract, for which the common intention of the parties is not immediately clear: Was the confidentiality clause intended to exceed the protection of the common law settlement privilege and, more specifically, to displace the exception to that privilege that applies where a party seeks to prove the existence or the scope of a settlement? I find that a review of the nature of the contract, of the circumstances in which it was formed and of the contract as a whole reveals that the parties did not intend to disregard the usual rule that settlement privilege can be dispensed with in order to prove the terms of a settlement.

Par ailleurs, le principe énoncé par l'article 1425 C.c.Q. présuppose qu'il y a toujours une intention commune à « découvrir ». Or, il n'en est pas toujours ainsi. Certes, pour qu'il y ait contrat, il doit y avoir un minimum d'intention commune, mais il peut fort bien arriver que les parties, tout en ayant véritablement une intention commune quant aux éléments essentiels du contrat, se soient également entendues sur certaines clauses accessoires tout en leur donnant cependant chacune en son for intérieur, des interprétations divergentes. En un tel cas, on ne peut évidemment pas s'en remettre à l'intention commune des parties puisqu'il n'y en a pas. On n'a alors pas d'autre choix que de s'en remettre à l'interprétation qui se concilie le mieux au reste du contrat et aux circonstances ayant entouré sa conclusion. [par. 59-60]

[61] Notre Cour a également confirmé cette approche dans l'arrêt *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838 : « . . . la recherche de l'intention ou volonté commune des parties représente une véritable opération d'interprétation » (par. 48; voir aussi D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2<sup>e</sup> éd. 2012), par. 1587-1590; S. Grammond, A.-F. Debruche et Y. Campagnolo, *Quebec Contract Law* (2011), par. 297-301).

[62] De toute évidence, le contrat de médiation en cause en l'espèce montre une intention commune des parties de respecter le caractère confidentiel de tout ce qui peut être dit ou écrit au cours de la médiation. Or, la question qui se pose est plus précise et porte sur un élément accessoire du contrat, pour lequel l'intention commune des parties n'est pas évidente à première vue : la clause de confidentialité devait-elle prévoir une protection plus étendue que celle qu'offre le privilège relatif aux règlements de la common law et, plus précisément, devait-elle écarter l'exception à ce privilège qui s'applique lorsqu'une partie cherche à faire la preuve de l'existence ou de la portée d'un règlement? J'estime qu'il ressort de l'examen de la nature du contrat, des circonstances dans lesquelles il a été conclu, ainsi que du contrat dans son ensemble que les parties n'avaient pas l'intention de passer outre à la règle habituelle voulant que le privilège relatif aux règlements soit écarté afin de faire la preuve des modalités d'un règlement.

[63] The nature of the contract is that of a mediation agreement signed on the eve of the mediation with the apparent purpose of settling an ongoing dispute that was the subject of an action in the Quebec Superior Court. The word “settlement” appears twice in the mediation agreement, the first time in a clause relating to the mediator that reads “[t]he Mediator will have no decision-making power, but will merely assist the parties in attempting to arrive at a settlement of their dispute”, and the second time in the mediator’s concluding words: “I look forward to working with you, and hope that the Mediation will give rise to a settlement of the dispute.”

[64] The nature of the contract must be considered together with the circumstances in which it was formed. Neither of the parties drafted the mediation contract or the confidentiality clause. It was a standard form contract provided by the mediator, who sent it to both parties to sign on the eve of the mediation. Neither party amended the standard mediation agreement or added any provisions relating to confidentiality when they signed it. There is no evidence that the parties thought they were deviating from the settlement privilege that usually applies to mediation when they signed the agreement.

[65] It is my opinion that the parties entered into this mediation process with the intention of settling their dispute and that they had no reason to assume that they were signing away their ability to prove a settlement if necessary. There is no evidence that they had any expectation for this mediation other than that it might help them settle the dispute. Lluellas and Moore write that, [TRANSLATION] “[i]f the spirit pervading a contract is considered to be the best guide in this regard (art. 1425) . . . , the common intention of the parties can sometimes be self-evident, and a question of logic” (para. 1589). Absent an express provision to the contrary, I find it unreasonable to assume that parties who have agreed to mediation for the purpose of reaching a settlement would renounce their right to prove the terms of the settlement. Such a result would be illogical.

[63] De par sa nature, le contrat est une entente de médiation signée la veille de la séance de médiation visant apparemment à régler le différend qui faisait l’objet d’une action devant la Cour supérieure du Québec. Le mot « règlement » apparaît à deux reprises dans l’entente de médiation, premièrement dans une clause relative au médiateur selon laquelle [TRADUCTION] « [l]e médiateur n’aura aucun pouvoir décisionnel; son rôle consiste simplement à aider les parties à arriver à un règlement de leur différend », et deuxièmement, lorsque le médiateur écrit en conclusion : « Je serai heureux de travailler avec vous et j’espère que la médiation mènera au règlement du différend. »

[64] La nature du contrat est liée aux circonstances dans lesquelles celui-ci a été conclu. Les parties n’ont rédigé ni le contrat de médiation ni la clause de confidentialité. Il s’agissait d’un contrat type fourni par le médiateur et envoyé aux deux parties pour signature la veille de la séance de médiation. Ni l’une ni l’autre des parties n’a modifié l’entente type de médiation ni n’y a ajouté des dispositions concernant la confidentialité au moment de la signer. Rien n’indique qu’au moment de signer l’entente type, les parties estimaient qu’elles écartaient le privilège relatif aux règlements qui s’applique habituellement à la médiation.

[65] À mon avis, les parties ont entamé ce processus de médiation avec l’intention de régler leur différend et elles n’avaient aucune raison de penser qu’elles renonçaient à leur capacité de faire la preuve d’un règlement, le cas échéant. Rien n’indique qu’elles avaient à l’égard de la médiation des attentes autres que de contribuer à régler le différend. Selon Lluellas et Moore, « [s]i l’on considère que l’esprit imprégnant un contrat doit être le meilleur guide en la matière (art. 1425) [. . .], la commune intention des parties peut parfois aller de soi, et être une question de logique » (par. 1589). En l’absence d’une disposition expresse à cet égard, j’estime déraisonnable de supposer que des parties qui ont consenti à une médiation dans le but de parvenir à un règlement renonceraient à leur droit de faire la preuve des modalités du règlement. Une telle conclusion serait illogique.

[66] I therefore find that the mediation contract does not preclude the parties from producing evidence of communications made in the course of the mediation process in order to prove the terms of a settlement. However, I would note that this exception is a narrow one. Parties may produce such evidence only insofar as it is necessary in order to prove the terms of the settlement. The judge who hears the motion for homologation will consider the impugned paragraphs of the motion individually to determine whether each of them is necessary for that purpose. If either party would prefer that potentially sensitive information tendered in support of those paragraphs not be made available to the public, an application can be made to the motion judge for a confidentiality order and to consider the evidence *in camera*, as long as the parties meet the test from *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522. Not all cases will meet that test, which requires parties to show that

- (a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and
- (b) the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the right of civil litigants to a fair trial, outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression, which in this context includes the public interest in open and accessible court proceedings.

(*Sierra Club*, at para. 53)

*In camera* hearings such as this should be reserved for cases in which there is a genuine dispute about the scope of the confidentiality agreement.

[67] I find that it is open to parties, in agreeing to confidentiality for a mediation process, to go so far as to limit their ability to prove the terms of any settlement. When any such limit is placed on the usual rule in this regard, however, it must

[66] En conséquence, je conclus que le contrat de médiation n'a pas pour effet d'empêcher les parties de produire en preuve les communications faites au cours de la médiation afin de faire la preuve des modalités d'un règlement. Je tiens toutefois à signaler que cette exception a une portée restreinte. Les parties ne peuvent produire de tels éléments de preuve que dans la mesure où ils sont nécessaires pour prouver les modalités du règlement. Le juge qui entendra la requête en homologation examinera séparément chaque paragraphe de la requête attaqué et déterminera si chacun d'eux est nécessaire à cette fin. Si l'une ou l'autre partie préférerait que des renseignements possiblement délicats produits à l'appui de ces paragraphes ne soient pas exposés en public, elle peut demander au juge saisi de la requête de prononcer une ordonnance de confidentialité et d'examiner ces éléments de preuve à huis clos, dès lors que les parties respectent les conditions énoncées dans l'arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522. Ces conditions n'existent pas dans tous les cas car elles obligent les parties à démontrer qu'une ordonnance de confidentialité :

- a) . . . est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d'un litige, en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque;
- b) [que] ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression qui, dans ce contexte, comprend l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires.

(*Sierra Club*, par. 53)

Il faudrait réserver les audiences à huis clos de cette nature pour les cas où la portée de l'entente de confidentialité soulève un véritable litige.

[67] J'estime que, lorsqu'elles acceptent une clause de confidentialité dans un processus de médiation, les parties peuvent même restreindre leur capacité de faire la preuve des modalités d'un règlement. Lorsque la règle habituelle est ainsi

be clear, on applying the principles of contractual interpretation of the relevant jurisdiction, that that is what the parties intended. In this case, the principles of Quebec contract law applied because the agreement at issue was entered into in Quebec. Had the law of another jurisdiction applied, the question whether the parties intended to renounce the common law exception to settlement privilege that applies where a party seeks to prove the terms of a settlement would have been decided in accordance with the principles applicable in that jurisdiction.

[68] Although I find that the Court of Appeal failed to conduct the necessary contractual interpretation exercise before applying the exception to the common law settlement privilege that enables parties to prove the terms of a settlement, I nevertheless uphold the result it reached. The parties did not renounce the common law rule, which also applies in Quebec, that communications made in the course of negotiations can be used to prove the terms of a settlement.

#### V. Conclusion

[69] For the foregoing reasons, the appeal is dismissed with costs throughout.

*Appeal dismissed with costs throughout.*

*Solicitors for the appellants: Lavery, de Billy, Montréal.*

*Solicitors for the respondents: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

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

*Solicitors for the intervener Arbitration Place Inc.: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

restreinte, toutefois, il doit être évident, au moment d'appliquer les règles d'interprétation des contrats du ressort compétent, que telle était la volonté des parties. En l'espèce, les principes du droit québécois des contrats s'appliquaient puisque l'entente en cause a été conclue au Québec. Si le droit d'un autre ressort s'était avéré applicable, la question de savoir si les parties avaient l'intention de renoncer à l'exception au privilège relatif aux règlements qui s'applique lorsqu'une partie cherche à faire la preuve des modalités du règlement aurait été tranchée conformément aux règles applicables dans cet autre ressort.

[68] Même si je conclus que la Cour d'appel ne s'est pas livrée à l'exercice nécessaire d'interprétation du contrat avant d'appliquer l'exception au privilège relatif aux règlements de la common law qui permet aux parties de faire la preuve des modalités du règlement, je confirme néanmoins sa décision. Les parties n'ont pas renoncé à la règle de la common law, qui s'applique également au Québec, suivant laquelle les communications faites au cours des négociations peuvent servir à prouver les modalités d'un règlement.

#### V. Conclusion

[69] Pour les motifs susmentionnés, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvoi rejeté avec dépens devant toutes les cours.*

*Procureurs des appelantes : Lavery, de Billy, Montréal.*

*Procureurs des intimées : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

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

*Procureurs de l'intervenante Arbitration Place Inc. : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

# INDEX

## ACCESS TO INFORMATION

Exemptions — Confidentiality provisions — Requester seeking disclosure of number of offenders registered under sex offender registry residing in areas designated by first three digits of Ontario's postal codes — Government institution denying request on grounds of exemptions contained in Freedom of Information and Protection of Privacy Act — Information and Privacy Commission ordering disclosure — Standard of review of Commission's decision — Whether Commission made reviewable error in interpreting applicable legislation — Whether Commission applied appropriate evidentiary standard with regards to harms-based exemptions — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 14, 67 — Christopher's Law (Sex Offender Registry), 2000, S.O. 2000, c. 1, ss. 10, 13.

ONTARIO (COMMUNITY SAFETY AND CORRECTIONAL SERVICES) V. ONTARIO (INFORMATION AND PRIVACY COMMISSIONER), 674.

---

## ADMINISTRATIVE LAW

Prisons — Procedural fairness — Duty to disclose — Scope of duty to disclose — Transfer of federal inmate from medium security institution to maximum security institution on emergency and involuntary basis — Whether transfer decision meeting statutory requirements related to duty of procedural fairness — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 27 to 29 — Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, ss. 5, 13.

MISSION INSTITUTION V. KHELA, 502.

---

## CIVIL PROCEDURE

1. Class actions — Conditions for authorization of action — Identical, similar or related questions of law or fact — Principle of proportionality — Application

## CIVIL PROCEDURE — (Continued)

for authorization to institute class action on behalf of all beneficiaries of private health insurance plan in order to challenge validity of unilateral amendment made to plan by employer and in order to recover damages related to that amendment — Whether claims of all members of proposed group raise common question that can serve to advance resolution of litigation — Whether commonality requirement means that common answer necessary for all members of group — Whether motion judge can rely on principle of proportionality to refuse to authorize class action that otherwise meets four criteria established by legislature — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 4.2, 1003(a).

VIVENDI CANADA INC. V. DELL' ANIELLO, 3.

2. Summary Judgment — Investors bringing action in civil fraud and subsequently bringing a motion for summary judgment — Motion judge granting summary judgment — Purpose of summary judgment motions — Access to Justice — Proportionality — Interpretation of recent amendments to Ontario Rules of Civil Procedure — Trial management orders — Standard of review for summary judgment motions — Whether motion judge erred in granting summary judgment — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 20.

HRYNIAK V. MAULDIN, 87.

3. Summary judgment — Investor bringing action in civil fraud and subsequently bringing a motion for summary judgment — Motion judge granting summary judgment but being overruled by Court of Appeal — Elements of civil fraud — Whether motion judge erred in granting summary judgment — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 20.

BRUNO APPLIANCE AND FURNITURE, INC. V. HRYNIAK, 126.

4. Offer to settle — Settlement privilege — Exception — Allegations in motion for homologation of settlement opposed on ground that mediation contract prevented parties from referring to events taking place during mediation process — Whether mediation contract with absolute confidentiality clause can displace common law settlement

**CIVIL PROCEDURE** — (Concluded)

privilege, including exception to privilege where party seeks to prove existence or scope of settlement — Whether clause permitted parties to use confidential information to prove terms of settlement — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 151.21.

UNION CARBIDE CANADA INC. v. BOMBARDIER INC., 800.

**CONSTITUTIONAL LAW**

1. Charter of Rights — Search and seizure — Police responding to noise complaint at accused's residence — Accused answering door while concealing loaded restricted firearm — Police pushing door open further to ascertain concealment — Whether officer's conduct constituted search and if so, whether search reasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. MACDONALD, 37.

2. Charter of rights — Right to be informed of offence charged — Right to counsel — Psychological detention — Trial judge did not err in finding accused psychologically detained and s. 10 Charter rights breached — Breach warranted that evidence be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10, 24(2).

R. v. KOCZAB, 138.

3. Charter of Rights — Double jeopardy — Repeal of early parole provisions applying retrospectively to offenders already sentenced — Whether retrospective application constitutes "punish[ment] . . . again" thereby infringing s. 11(h) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in free and democratic society under s. 1 of Charter — Abolition of Early Parole Act, S.C. 2011, c. 11, s. 10(1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. WHALING, 392.

4. Constitutional amendment — Composition of Supreme Court of Canada — Whether Parliament acting alone can enact legislation permitting appointment of former member of Quebec bar to Quebec position on Court — Constitution Act, 1982, s. 41(d) — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 5.1, 6.1.

REFERENCE RE SUPREME COURT ACT, ss. 5 AND 6, 433.

**CONSTITUTIONAL LAW** — (Concluded)

5. Canadian institutions — Senate — Constitutional amendment — Whether Parliament can unilaterally set fixed terms for Senators — Whether Parliament can unilaterally implement framework for consultative elections for appointments to Senate — Whether Parliament can unilaterally repeal ss. 23(3) and 23(4) of Constitution Act, 1867 requiring that Senators must own land worth \$4,000 in province for which they are appointed and have net worth of at least \$4,000 — Whether constitutional amendment abolishing Senate may be accomplished by general amending procedure or whether unanimous consent procedure applies — Constitution Act, 1982, ss. 38(1), (2), 41(e), 42(1)(b), (c), 43, 44.

REFERENCE RE SENATE REFORM, 704.

**CRIMINAL LAW**

1. Trial — Ineffective assistance of counsel — Accused challenging competence of his trial counsel on several grounds — Court of Appeal rejecting accused's submissions of ineffective assistance — Whether miscarriage of justice occurred — Court of Appeal's findings as to accused's ineffective assistance claims entitled to deference — Court of Appeal's findings supported by the record — No error in Court of Appeal's analysis or conclusion.

R. v. W.E.B., 34.

2. Offences — Elements of offence — Mens rea — Possession of loaded restricted firearm — Police responding to noise complaint at accused's residence — Accused answering door while concealing loaded restricted firearm — Accused's licence to possess firearm in Alberta not extending to Nova Scotia, but accused believing it did — Whether Crown required to prove accused knew or was wilfully blind to fact that possession of firearm was unauthorized — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 95.

R. v. MACDONALD, 37.

3. Appeals — Powers of Court of Appeal — Application of curative proviso — Trial judge's error in allocating burden of proof may have tainted evaluation of evidence of whether excessive force used by police officer — Curative proviso not applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. DAVIS, 78.

**CRIMINAL LAW — (Continued)**

4. Offences — Sexual assault — Evidence — Consent — Accused stating to police that complainant consented to sexual relations — Statement not admitted into evidence and accused maintaining that he had virtually no recollection of events — Accused acquitted but new trial subsequently ordered — In assessing consent, trial judge could not rely on police statement not forming part of record and should have taken into account other circumstantial evidence.

R. v. JAMES, 80.

5. Trial — Trial management — Direct indictment before judge at first instance setting out 29 counts involving more than 150 accused — Stay of proceedings ordered on certain counts because of unreasonable delays — Judge justified in exercising his discretion to protect rights of accused guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms and to further public's interest in avoiding collapse of prosecution.

R. v. AUCLAIR, 83.

6. Reasonable verdict — Accused charged with sexual assault and uttering threats — Jury returning guilty verdict to lesser included offence of assault — Jury's verdict reasonable in light of photographic evidence establishing assault beyond a reasonable doubt — Trial judge not required in circumstances to give warning as to witness reliability — Trial judge's decision to instruct on lesser offence of assault entitled to deference having regard to totality of evidence.

R. v. YELLE, 140.

7. Offences — Sexual assault — Mens rea — Consent — Accused charged with sexual assault — Trial judge acquitting accused on grounds that he may have had honest but mistaken belief as to complainant's consent — Court of Appeal setting aside acquittal and substituting conviction — No air of reality to defence of mistaken belief in consent — Trial judge erring in finding that accused took reasonable steps in ascertaining consent of complainant.

R. v. FLAVIANO, 270.

8. Evidence — Admissibility — Expert evidence — Curative proviso — Accused charged with importation of cocaine and possession for purpose of trafficking — Cocaine found in concealed compartment of truck accused was driving — Accused denying knowledge of presence of cocaine — Police officer testifying he had never encountered blind courier over course of his many investigations — Whether trial judge erred in admitting and relying upon this

**CRIMINAL LAW — (Continued)**

expert evidence of police officer — If so, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. SEKHON, 272.

9. Stay of proceedings — Abuse of process — Accused charged with offences related to firearms and importation, production and trafficking of methamphetamine — Accused alleging Crown misconduct in obtaining medical records, police collusion to mislead court, and Crown threats pressuring accused to plead guilty — Trial judge staying proceedings — Whether stay of proceedings necessary to protect integrity of justice system.

R. v. BABOS, 309.

10. Charge to jury — Appellant and co-accused tried and convicted together for murder — Trial judge not required to specifically direct jury to acquit both accused if unable to decide which one committed murder — Trial judge properly explaining to jury the relationship between intoxication defence and mens rea required for aiding and abetting second degree murder — Trial judge not required to instruct jury that it could rely on out-of-court statements made by appellant's co-accused as evidence of their truth.

R. v. WAITE, 341.

11. Evidence — Assessment — Burden of proof — Evidence at trial consisting almost exclusively of diametrically opposed testimony of accused and complainant — Trial judge finding accused not credible and rejecting all his evidence — Accused convicted — Majority of Court of Appeal erred in holding that conviction based on faulty application of burden of proof — Conviction restored.

R. v. HOGG, 344.

12. Offences — Sexual assault — Consent — Complainant consenting to sexual activity with male partner unaware that he had sabotaged condom — Whether evidence establishing that there was no voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question or whether complainant's apparent consent was vitiated by fraud — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 273.1(1).

R. v. HUTCHINSON, 346.

13. Reasonable verdict — Defences — Accident — Trial judge did not err in concluding that accused intentionally inflicted victim's injuries — Inferences made in support of trial judge's verdict reasonably supported by evidence —

**CRIMINAL LAW** — (Continued)

Basis for excluding possibility of accident adequately explained by trial judge.

R. v. VOKURKA, 498.

14. Trial — Charge to jury — Accused convicted of second degree murder and aggravated assault for killing one person and injuring another after driving truck into crowd — Accused invoking involuntary panic response or lack of intent to kill or injure anyone and alleging that trial judge misdirected jury — Court of Appeal ordering new trial on ground that trial judge failed to instruct properly on legal significance of panic attack defence — Charge to jury, read as a whole, containing no reversible error in relation to voluntariness or intent.

R. v. LEINEN, 500.

15. Sentencing — Considerations — Credit for pre-sentence detention — Criminal Code permitting enhanced credit at rate of up to one and one-half days for every day of pre-sentence detention “if the circumstances justify it” — Sentencing judge applying enhanced credit on basis of lost eligibility for early release and parole — Whether lost opportunity for early release and parole during pre-sentence detention can be circumstance capable of justifying enhanced credit at rate of one and one-half to one — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 719(3), 719(3.1).

R. v. SUMMERS, 575.

16. Sentencing — Considerations — Credit for pre-sentence detention — Criminal Code permitting enhanced credit at rate of up to one and one-half days for every day of detention “if the circumstances justify it” — Sentencing judge applying enhanced credit on basis of lost eligibility for early release — Whether sentencing judge erred by granting credit for pre-sentence custody at rate of one and one-half to one to account for loss of early release — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 719(3), 719(3.1).

R. v. CARVERY, 605.

17. Sentencing — Legislation — Interpretation — Truth in Sentencing Act providing that changes to how much credit given for pre-sentence custody “apply only to persons charged after” Act came into force — Accused committed offences before Truth in Sentencing Act came into force, but charged after Act came into force — Whether s. 5 of Truth in Sentencing Act applies only to offenders charged after amendments have come into force regardless of when

**CRIMINAL LAW** — (Concluded)

offences were committed — Truth in Sentencing Act, S.C. 2009, c. 29, s. 5.

R. v. CLARKE, 612.

18. Evidence — Admissibility — Defence evidence — Accused charged with first degree murder — Accused bringing pre-trial application to introduce deceased’s criminal record consisting of three firearms offences — Trial judge dismissing application on grounds that probative value of evidence was significantly outweighed by prejudicial effect of its admission — Accused convicted of second degree murder — Trial judge making no error in excluding evidence.

R. v. JACKSON, 672.

**COURTS**

1. Supreme Court of Canada — Judges — Eligibility requirements for appointment to Supreme Court of Canada — Requirement that three judges be appointed to Court from among judges of Court of Appeal or of Superior Court of Quebec or from among advocates of at least 10 years standing at Barreau du Québec — Whether Federal Court of Appeal judge formerly member of Barreau du Québec for more than 10 years eligible for appointment to Supreme Court of Canada — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 5, 6.

REFERENCE RE *SUPREME COURT ACT*, ss. 5 AND 6, 433.

2. Jurisdiction — Habeas corpus — Transfer of federal inmate from medium security institution to maximum security institution on emergency and involuntary basis — Scope of provincial superior court’s review power on application for habeas corpus with certiorari in aid in respect of detention in federal penitentiary — Whether on application for habeas corpus a provincial superior court is entitled to examine reasonableness of administrative decision to transfer offender to higher security institution or whether reasonableness of decision must be determined in Federal Court on judicial review.

MISSION INSTITUTION V. KHELA, 502.



**EMPLOYMENT LAW**

Occupational health and safety — Unsafe workplace — Contract of employment — Whether pregnant supply teacher qualifies as eligible “worker” for Preventive Withdrawal and earnings-replacement indemnity under applicable provincial legislation — Whether refusal to perform work in unsafe workplace precludes formation of contract of employment — Act respecting occupational health and safety, CQLR, c. S-2.1, ss. 1 “worker”, 2, 4, 11, 12, 14, 30, 40, 41 — Civil Code of Québec, art. 2085.

DIONNE V. COMMISSION SCOLAIRE DES PATRIOTES, 765.

---

**FIDUCIARY DUTY**

Breach by director — Minority owner of apartment building and its director interfering with attempts by majority owners to sell building to third parties — Whether director liable for breach of fiduciary duty.

A.I. ENTERPRISES LTD. V. BRAM ENTERPRISES LTD., 177.

---

**LABOUR RELATIONS**

Administrative law — Standard of review — Unions — Representational duties — Labour Relations Board ordering employer to disclose home contact information of members of bargaining unit to union — Board holding that disclosure necessary to permit union to carry out representational duties — Individual employee challenging order on grounds that it violated her rights under Privacy Act and s. 2(d) of Charter — Whether board’s decision determining that order did not contravene Privacy Act was reasonable — Public Service Labour Relations Act, S.C. 2003, c. 22, s. 2, s. 186(1)(a) — Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 8(2)(a).

BERNARD V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 227.

---

**MARITIME LAW**

1. Liability in tort — Limitation of liability — Conduct barring limitation — Standard of fault — Fisherman intentionally cutting submarine fiber-optic cable he believed to be abandoned, resulting in almost \$1 million in damage — Whether appellants’ right to limit their liability pursuant to Convention is barred — Whether fisherman acted with intent to cause such loss or recklessly and with knowledge that such loss would probably result — Convention on limitation of liability for maritime claims, 1976, 1456 U.N.T.S. 221, art. 4.

PERACOMO INC. V. TELUS COMMUNICATIONS CO., 621.

2. Marine insurance — Exclusion of coverage — Standard of fault — Wilful misconduct — Whether standards of fault under Marine Insurance Act and Convention are same — Whether loss caused by fisherman’s wilful misconduct such that it is excluded from coverage — Marine Insurance Act, S.C. 1993, c. 22, s. 53(2).

PERACOMO INC. V. TELUS COMMUNICATIONS CO., 621.

---

**MUNICIPAL LAW**

By-laws — Offences — Estoppel — Operation of commercial parking lot by company in zone where such use prohibited — Statement of offence issued against company for non-conforming use under zoning by-law — Company admitting to non-conforming use but raising doctrine of estoppel — Circumstances in which defendant can rely on doctrine of estoppel to avoid penal liability — Cities and Towns Act, CQLR, c. C-19, s. 576 — Act respecting land use planning and development, CQLR, c. A-19.1, s. 227.

IMMEUBLES JACQUES ROBITAILLE INC. V. QUÉBEC (CITY), 784.

---

**PENSIONS**

Pension plans — Surplus — Members of pension plan having assets and pension rights transferred to new pension plan as result of privatization of employer — Original pension fund having actuarial surplus of 43 million dollars

**PENSIONS** — (Concluded)

— Actuarial surplus sole result of employee contributions to old plan — Employer using surplus to take contribution holiday — Legislation stating that on implementation date new plan to provide benefits equivalent in value to those which employees were entitled to under old plan — Whether employer violated legal duties — The Manitoba Telephone System Reorganization and Consequential Amendments Act, S.M. 1996, c. 79, s. 15.

TELECOMMUNICATIONS EMPLOYEES ASSOCIATION OF MANITOBA INC. v. MANITOBA TELECOM SERVICES INC., 142.

---

**TORTS**

Intentional torts — Unlawful interference with economic relations — Scope of liability — Minority owner of apartment building and its director interfering with attempts by majority owners to sell building to third parties — Whether minority owner and its director liable in tort for unlawful interference with economic relations.

A.I. ENTERPRISES LTD. v. BRAM ENTERPRISES LTD., 177.

---

**WORKERS' COMPENSATION**

Entitlement to compensation — Worker claiming compensation due to chronic onset stress — Provincial policy imposing criteria for eligibility for compensation on chronic onset stress claims — Whether provincial policy applies in determining eligibility under Government Employees Compensation Act — Whether provincial policy conflicts with Government Employees Compensation Act — Whether denial of claim was reasonable — Government Employees Compensation Act, R.S.C. 1985, c. G-5, ss. 2, 4 — Workers' Compensation Act, R.S.A. 2000, c. W-15, s. 1 — Workers' Compensation Board of Directors' Policy 03-01, Part II, Application 6.

MARTIN v. ALBERTA (WORKERS' COMPENSATION BOARD), 546.

---

# INDEX

## ACCÈS À L'INFORMATION

Exceptions — Disposition traitant du caractère confidentiel — Demande de divulgation du nombre de délinquants inscrits au registre des délinquants sexuels qui résident dans des régions désignées par les trois premiers caractères des codes postaux de l'Ontario — Rejet de la demande par une institution gouvernementale sur la base d'exceptions prévues par la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée — Divulgation ordonnée par la Commissaire à l'information et à la vie privée — Norme de contrôle applicable à cette décision — La Commissaire a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en interprétant la loi applicable? — La Commissaire a-t-elle appliqué la bonne norme de preuve à l'égard des exceptions reposant sur le risque de préjudices? — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14, 67 — Loi Christopher de 2000 sur le registre des délinquants sexuels, L.O. 2000, ch. 1, art. 10, 13.

ONTARIO (SÉCURITÉ COMMUNAUTAIRE ET SERVICES CORRECTIONNELS) C. ONTARIO (COMMISSAIRE À L'INFORMATION ET À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE), 674.

## ACCIDENTS DU TRAVAIL

Droit à une indemnité — Demande d'indemnisation pour stress chronique présentée par un travailleur — Critères d'admissibilité à l'indemnité en cas de stress chronique imposés par la politique provinciale — La politique provinciale s'applique-t-elle à la détermination de l'admissibilité à l'indemnité prévue à la Loi sur l'indemnisation des agents de l'État? — Y a-t-il un conflit entre la politique provinciale et la Loi sur l'indemnisation des agents de l'État? — Le rejet de la demande était-il raisonnable? — Loi sur l'indemnisation des agents de l'État, L.R.C. 1985, ch. G-5, art. 2, 4 — Workers' Compensation Act, R.S.A. 2000, ch. W-15, art. 1 — Workers' Compensation Board of Directors' Policy 03-01, Part II, Application 6.

MARTIN C. ALBERTA (WORKERS' COMPENSATION BOARD), 546.

## DROIT ADMINISTRATIF

Droit carcéral — Équité procédurale — Obligation de communication — Portée de l'obligation de communication — Transfèrement d'urgence non sollicité d'un détenu sous responsabilité fédérale d'un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité maximale — La décision relative au transfèrement satisfait-elle aux exigences législatives en matière d'équité procédurale? — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 27 à 29 — Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 5, 13.

ÉTABLISSEMENT DE MISSION C. KHELA, 502.

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Policier répondant à une plainte de bruit à la résidence de l'accusé — Accusé dissimulant une arme à feu à autorisation restreinte chargée en ouvrant la porte — Policier poussant la porte pour l'ouvrir un peu plus afin de voir ce que dissimulait l'accusé — La conduite du policier constituait-elle une fouille et, dans l'affirmative, la fouille était-elle abusive? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. MACDONALD, 37.

2. Charte des droits — Droit d'être informé de l'infraction reprochée — Droit à l'assistance d'un avocat — Détention psychologique — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en concluant que l'accusé a été détenu psychologiquement et que les droits garantis à ce dernier par l'art. 10 de la Charte ont été violés — Cette violation justifiait l'exclusion de la preuve — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10, 24(2).

R. C. KOCZAB, 138.

3. Charte des droits — Double péril — Abrogation de dispositions sur la libération conditionnelle anticipée qui s'applique rétroactivement aux délinquants déjà condamnés et punis — L'application rétrospective a-t-elle

**DROIT CONSTITUTIONNEL** — (Fin)

pour effet de « puni[r] de nouveau » le délinquant en contravention à l'art. 11h) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une restriction établie par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la Charte? — Loi sur l'abolition de la libération anticipée des criminels, L.C. 2011, ch. 11, art. 10(1).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. WHALING, 392.

4. Modification de la Constitution — Composition de la Cour suprême du Canada — Le Parlement agissant seul peut-il légiférer pour permettre la nomination d'un ancien membre du Barreau du Québec à un poste de juge de la Cour réservé au Québec? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 41d) — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 5.1, 6.1.

RENOI RELATIF À LA *LOI SUR LA COUR SUPRÊME*, ART. 5 ET 6, 433.

5. Institutions canadiennes — Sénat — Modification constitutionnelle — Le Parlement peut-il unilatéralement prévoir des mandats d'une durée fixe pour les sénateurs? — Le Parlement peut-il unilatéralement instaurer un régime d'élections consultatives en vue de nommer les sénateurs? — Le Parlement peut-il abroger unilatéralement les art. 23(3) et (4) de la Loi constitutionnelle de 1867, selon lesquels les sénateurs doivent posséder des terres d'une valeur de 4 000 \$ dans la province pour laquelle ils sont nommés ainsi qu'un avoir net d'au moins 4 000 \$? — Peut-on avoir recours à la procédure normale de modification ou faut-il recourir à la procédure de consentement unanime pour apporter une modification constitutionnelle abolissant le Sénat? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 38(1), (2), 41e), 42(1b), c), 43, 44.

RENOI RELATIF À LA RÉFORME DU SÉNAT, 704.

**DROIT CRIMINEL**

1. Procès — Assistance ineffective par un avocat — Contestation par l'accusé de la compétence de son avocate pour différentes raisons — Rejet par la Cour d'appel des allégations d'assistance ineffective formulées par l'accusé — Y a-t-il eu erreur judiciaire? — Les constatations de la

**DROIT CRIMINEL** — (Suite)

Cour d'appel relativement à ces allégations commandent la déférence — Ces constatations sont étayées par le dossier — Aucune erreur n'entache l'analyse ou la conclusion de la Cour d'appel.

R. C. W.E.B., 34.

2. Infractions — Éléments de l'infraction — Mens rea — Possession d'une arme à feu à autorisation restreinte chargée — Policier répondant à une plainte de bruit à la résidence de l'accusé — Accusé dissimulant une arme à feu à autorisation restreinte chargée en ouvrant la porte — Accusé croyant à tort que son permis de possession d'une arme à feu en Alberta était valide en Nouvelle-Écosse — Le ministère public devait-il prouver que l'accusé savait ou avait ignoré volontairement que sa possession de l'arme à feu n'était pas autorisée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 95.

R. C. MACDONALD, 37.

3. Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Application de la disposition réparatrice — Erreur de la juge du procès dans l'attribution du fardeau de la preuve susceptible d'avoir joué dans l'évaluation de la preuve relative à la question de savoir si le policier a employé ou non une force excessive — Disposition réparatrice non applicable — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. DAVIS, 78.

4. Infractions — Agression sexuelle — Preuve — Consentement — Déclaration de l'accusé aux policiers selon laquelle la plaignante a consenti aux rapports sexuels — Déclaration non admise en preuve et accusé soutenant au procès n'avoir pratiquement aucun souvenir des faits survenus à ce moment — Accusé acquitté, mais nouveau procès ordonné par la suite — Dans l'examen de la question du consentement, le juge du procès ne pouvait tenir compte de la déclaration aux policiers qui ne faisait pas partie du dossier, et il devait tenir compte d'autres éléments de preuve circonstancielle.

R. C. JAMES, 80.

5. Procès — Gestion du procès — Juge de première instance saisi d'un acte d'accusation direct comprenant 29 chefs d'accusation visant plus de 150 accusés — Arrêt des procédures ordonné sous certains chefs d'accusation en raison de délais déraisonnables — Le juge de première instance a eu raison d'exercer sa discrétion dans le but

**DROIT CRIMINEL — (Suite)**

de protéger les droits des accusés garantis par la Charte canadienne des droits et libertés et dans l'intérêt du public à éviter l'effondrement de la poursuite.

R. c. AUCLAIR, 83.

6. Verdict raisonnable — Accusé inculpé d'agression sexuelle et d'avoir proféré des menaces — Verdict de culpabilité prononcé par le jury à l'égard de l'infraction moindre et incluse de voies de fait — Ce verdict est raisonnable compte tenu de la preuve photographique établissant hors de tout doute raisonnable la perpétration de voies de fait — La juge du procès n'était pas tenue dans les circonstances de faire une mise en garde relativement à la fiabilité du témoin — La décision de la juge du procès de donner des directives au sujet de l'infraction moindre et incluse de voies de fait commande la déférence eu égard à l'ensemble de la preuve.

R. c. YELLE, 140.

7. Infractions — Agression sexuelle — Mens rea — Consentement — Accusé inculpé d'agression sexuelle — Acquittement prononcé par la juge du procès au motif que l'accusé a pu croire sincèrement, mais à tort, que la plaignante était consentante — Acquittement annulé par la Cour d'appel qui y a substitué une déclaration de culpabilité — Invraisemblance de la défense fondée sur la croyance erronée au consentement — Erreur commise par la juge du procès lorsqu'elle a conclu que l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de la plaignante.

R. c. FLAVIANO, 270.

8. Preuve — Admissibilité — Preuve d'expert — Disposition réparatrice — Accusations d'importation de cocaïne et de possession en vue d'en faire le trafic — Cocaïne trouvée dans un compartiment secret de la camionnette conduite par l'accusé — Dénégation par l'accusé de toute connaissance de la présence de la cocaïne à bord — Témoignage d'un policier selon lequel il n'avait jamais eu affaire à un passeur involontaire au cours de ses nombreuses enquêtes — Le juge du procès a-t-il eu tort d'admettre ce témoignage et de se fonder sur lui? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1b)(iii).

R. c. SEKHON, 272.

9. Arrêt des procédures — Abus de procédure — Accusés inculpés d'infractions relatives aux armes à feu et à l'importation, à la production et au trafic de

**DROIT CRIMINEL — (Suite)**

méthamphétamine — Accusés allèguent des comportements répréhensibles du ministère public en ce qui a trait à l'obtention d'un dossier médical, à de la collusion entre policiers pour induire le tribunal en erreur et à des menaces proférées par la substitut du procureur général pour inciter les accusés à plaider coupable — Arrêt des procédures ordonné par le juge du procès — L'arrêt des procédures était-il nécessaire pour protéger l'intégrité du système judiciaire?

R. c. BABOS, 309.

10. Exposé au jury — Appelant et coaccusé poursuivis pour meurtre et déclarés conjointement coupables de l'infraction — Absence d'obligation pour la juge du procès de dire expressément aux jurés qu'ils doivent acquitter les deux accusés s'ils sont incapables de décider lequel des deux a commis le meurtre — Explications adéquates de la juge du procès au jury quant au lien entre la défense d'ivresse et la mens rea requise pour l'infraction d'avoir aidé et encouragé quelqu'un à commettre un meurtre au deuxième degré — Absence d'obligation pour la juge du procès de dire aux jurés qu'ils peuvent s'appuyer sur des déclarations extrajudiciaires du coaccusé de l'appelant comme preuves de la véracité de leur contenu.

R. c. WAITE, 341.

11. Preuve — Appréciation — Fardeau de preuve — Preuve produite au procès constituée presque exclusivement des témoignages diamétralement opposés de l'accusé et de la plaignante — Accusé jugé non crédible par le juge du procès qui a rejeté l'ensemble de son témoignage — Accusé déclaré coupable — Erreur commise par les juges majoritaires de la Cour d'appel lorsqu'ils ont conclu que la déclaration de culpabilité avait été fondée sur une application erronée des règles relatives au fardeau de preuve — Déclaration de culpabilité rétablie.

R. c. HOGG, 344.

12. Infractions — Agression sexuelle — Consentement — Consentement de la plaignante à une activité sexuelle avec un partenaire masculin sans savoir qu'il avait saboté le condom — La preuve établit-elle l'absence de l'accord volontaire de la plaignante à l'activité sexuelle ou l'accord apparent de la plaignante a-t-il été vicié par la fraude? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c), 273.1(1).

R. c. HUTCHINSON, 346.

13. Verdict raisonnable — Défenses — Accident — Le juge du procès n'a pas fait erreur en concluant que l'accusé

**DROIT CRIMINEL — (Suite)**

avait intentionnellement infligé les blessures à la victime — Les inférences sur lesquelles repose le verdict du juge du procès étaient raisonnablement étayées par la preuve — Le juge a expliqué adéquatement les raisons pour lesquelles il excluait la possibilité d'un accident.

R. C. VOKURKA, 498.

14. Procès — Exposé au jury — Accusé déclaré coupable de meurtre au second degré et de voies de fait graves après avoir tué une personne et en avoir blessé une autre en fonçant dans une foule au volant de son camion — Accusé plaidant en défense qu'il a eu une réaction de panique involontaire, qu'il n'avait pas l'intention de tuer ou de blesser quiconque et que le juge du procès a formulé des directives erronées au jury — Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel au motif que le juge du procès n'a pas donné des directives appropriées au sujet de l'incidence sur le plan juridique du moyen de défense fondé sur l'existence d'une crise de panique — Considéré globalement, l'exposé au jury ne refermait aucune erreur susceptible de révision à l'égard du caractère volontaire ou de l'intention.

R. C. LEINEN, 500.

15. Détermination de la peine — Considérations — Crédit pour détention présentencielle — Disposition du Code criminel permettant l'octroi d'un crédit majoré d'au plus un jour et demi pour chaque jour de détention présentencielle « si les circonstances le justifient » — Octroi d'un tel crédit par le juge chargé de la détermination de la peine en raison de la perte liée à l'admissibilité à la libération anticipée et à la libération conditionnelle — Cette perte subie pendant la détention présentencielle peut-elle constituer une circonstance susceptible de justifier un crédit majoré selon un ratio d'un jour et demi contre un? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 719(3), 719(3.1).

R. C. SUMMERS, 575.

16. Détermination de la peine — Considérations — Crédit pour détention présentencielle — Disposition du Code criminel permettant l'octroi d'un crédit majoré d'au plus un jour et demi pour chaque jour de détention présentencielle « si les circonstances le justifient » — Octroi d'un tel crédit par le juge chargée de la détermination de la peine en raison de la perte liée à l'admissibilité à la libération anticipée — La juge a-t-elle eu tort d'allouer un jour et demi par jour de détention présentencielle pour tenir compte de cette perte? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-24, art. 719(3), 719(3.1).

R. C. CARVERY, 605.

17. Détermination de la peine — Législation — Interprétation — Disposition de la Loi sur l'adéquation de la

**DROIT CRIMINEL — (Fin)**

peine et du crime selon laquelle les modifications apportées au crédit susceptible d'être accordé pour la détention présentencielle « ne s'appliquent qu'à l'égard des personnes inculpées après » l'entrée en vigueur de la Loi — Infractions perpétrées avant l'entrée en vigueur de la Loi, mais accusé inculpé après celle-ci — L'article 5 de la Loi s'applique-t-il seulement aux délinquants inculpés après l'entrée en vigueur des modifications peu importe le moment auquel les infractions ont été commises? — Loi sur l'adéquation de la peine et du crime, L.C. 2009, ch. 29, art. 5.

R. C. CLARKE, 612.

18. Preuve — Admissibilité — Preuve à décharge — Accusé inculpé de meurtre au premier degré — Présentation par l'accusé avant le procès d'une demande en vue de déposer le casier judiciaire du défunt qui se composait de trois infractions liées aux armes à feu — Rejet de la demande par le juge du procès au motif que l'effet préjudiciable de cet élément de preuve s'il était admis dépasserait considérablement sa valeur probante — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Le juge du procès n'a commis aucune erreur en excluant cette preuve.

R. C. JACKSON, 672.

**DROIT DE L'EMPLOI**

Santé et sécurité du travail — Lieu de travail dangereux — Contrat de travail — Une enseignante suppléante enceinte est-elle un « travailleur » admissible au programme de retrait préventif et à l'indemnité de remplacement du revenu en vertu de la législation provinciale applicable? — Le refus d'effectuer des tâches dans un lieu de travail dangereux empêche-t-il la formation d'un contrat de travail? — Loi sur la santé et la sécurité du travail, RLRQ, ch. S-2.1, art. 1 « travailleur », 2, 4, 11, 12, 14, 30, 40, 41 — Code civil du Québec, art. 2085.

DIONNE C. COMMISSION SCOLAIRE DES PATRIOTES, 765.

**DROIT MARITIME**

1. Assurance maritime — Exclusion de la garantie — Norme de faute — Inconduite délibérée — La norme de faute applicable est-elle la même aux fins de la Loi sur l'assurance maritime et de la Convention? — Y a-t-il eu

**DROIT MARITIME** — (Fin)

inconduite délibérée de la part du pêcheur de sorte que l'indemnisation du dommage soit exclue aux fins de la garantie? — Loi sur l'assurance maritime, L.C. 1993, ch. 22, art. 53(2).

PERACOMO INC. C. SOCIÉTÉ TELUS COMMUNICATIONS, 621.

2. Responsabilité délictuelle — Limitation de la responsabilité — Conduite supprimant la limitation — Norme de faute — Dommage évalué à presque un million de dollars causé par un pêcheur qui a sectionné intentionnellement un câble sous-marin à fibres optiques qu'il croyait abandonné — Y a-t-il suppression du droit que la Convention confère aux appelants de voir leur responsabilité limitée? — Le pêcheur avait-il l'intention de causer le dommage ou a-t-il agi témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement? — Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes, 1456 R.T.N.U. 221, art. 4.

PERACOMO INC. C. SOCIÉTÉ TELUS COMMUNICATIONS, 621.

**DROIT MUNICIPAL**

Règlements — Infractions — Préclusion — Exploitation par une entreprise d'un stationnement commercial dans une zone où un tel usage est interdit — Constat d'infraction délivré contre l'entreprise pour usage dérogatoire au règlement de zonage — Entreprise reconnaissant l'usage dérogatoire mais invoquant la doctrine de la préclusion — Dans quelles circonstances la doctrine de la préclusion peut-elle être invoquée par un plaideur pour échapper à sa responsabilité pénale? — Loi sur les cités et villes, RLRQ, ch. C-19, art. 576 — Loi sur l'aménagement et l'urbanisme, RLRQ, ch. A-19.1, art. 227.

IMMEUBLES JACQUES ROBITAILLE INC. C. QUÉBEC (VILLE), 784.

**OBLIGATION FIDUCIAIRE**

Manquement par un administrateur — Entrave par le propriétaire minoritaire d'un immeuble d'habitation et son administrateur aux efforts déployés par les propriétaires

**OBLIGATION FIDUCIAIRE** — (Fin)

majoritaires en vue de vendre l'immeuble à un tiers — L'administrateur a-t-il manqué à son obligation fiduciaire?

A.I. ENTERPRISES LTD. C. BRAM ENTERPRISES LTD., 177.

**PENSIONS**

Régimes de retraite — Surplus — Transfert à un nouveau régime de l'actif du régime de retraite des participants et de leurs droits à pension par suite de la privatisation de l'employeur — Surplus actuariel du régime de retraite initial s'élevant à 43 millions de dollars — Surplus actuariel strictement attribuable aux cotisations des employés à l'ancien régime — Utilisation du surplus par l'employeur pour s'accorder des périodes d'exonération de cotisations — Disposition législative prévoyant que le nouveau régime doit permettre le versement de prestations qui, le jour de la mise en œuvre, sont de valeur équivalente à celle des prestations auxquelles les employés avaient droit aux termes de l'ancien régime — L'employeur a-t-il manqué à ses obligations légales? — Loi concernant la réorganisation de la Société de téléphone du Manitoba et apportant des modifications corrélatives, L.M. 1996, ch. 79, art. 15.

TELECOMMUNICATIONS EMPLOYEES ASSOCIATION OF MANITOBA INC. C. MANITOBA TELECOM SERVICES INC., 142.

**PROCÉDURE CIVILE**

1. Recours collectifs — Conditions d'ouverture du recours — Questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes — Principe de la proportionnalité — Demande d'autorisation d'exercer un recours collectif au nom de l'ensemble des bénéficiaires d'un régime privé d'assurance-maladie pour attaquer la validité d'une modification unilatérale apportée par l'employeur au régime et pour recouvrer les dommages découlant de cette modification — Les réclamations de l'ensemble des membres du groupe proposé soulèvent-elles une question commune qui puisse faire progresser le règlement du litige? — Le critère de la communauté de questions exige-t-il une réponse commune pour tous les membres du groupe? — Le juge d'autorisation peut-il, au nom du principe de

**PROCÉDURE CIVILE** — (Fin)

la proportionnalité, refuser d'autoriser un recours collectif qui respecterait par ailleurs les quatre critères établis par le législateur? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 4.2, 1003a).

VIVENDI CANADA INC. C. DELL'ANIELLO, 3.

2. Jugement sommaire — Investisseur intentant une action pour fraude civile et présentant ensuite une requête en jugement sommaire — Requête en jugement sommaire accueillie — Objectif des requêtes en jugement sommaire — Accès à la justice — Proportionnalité — Interprétation des modifications récentes apportées aux Règles de procédure civile de l'Ontario — Ordonnances de gestion de l'instance — Norme de contrôle applicable aux requêtes en jugement sommaire — Le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur en accueillant la requête en jugement sommaire? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 20.

HRYNIAK C. MAULDIN, 87.

3. Jugement sommaire — Investisseur intentant une action pour fraude civile et présentant ensuite une requête en jugement sommaire — Jugement accueillant la requête en jugement sommaire infirmé par la Cour d'appel — Éléments de la fraude civile — Le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur en accueillant la requête en jugement sommaire? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 20.

BRUNO APPLIANCE AND FURNITURE, INC. C. HRYNIAK, 126.

4. Offre de règlement — Privilège relatif aux règlements — Exception — Allégations d'une requête en homologation d'un règlement contestées au motif que le contrat de médiation empêchait les parties de faire état du déroulement de la médiation — Le contrat de médiation comportant une clause de confidentialité absolue peut-il écarter le privilège relatif aux règlements de la common law, y compris l'exception à ce privilège, lorsqu'une partie cherche à prouver l'existence ou la portée du règlement? — La clause permet-elle aux parties d'utiliser des renseignements confidentiels afin de faire la preuve des modalités d'un règlement? — Code de procédure civile, RLRQ, ch. C-25, art. 151.21.

UNION CARBIDE CANADA INC. C. BOMBARDIER INC., 800.

**RELATIONS DE TRAVAIL**

Droit administratif — Norme de contrôle — Syndicats — Obligations de représentation — Ordonnance de la Commission des relations de travail pour que l'employeur communique les coordonnées résidentielles des membres d'une unité de négociation au syndicat — Décision de la Commission selon laquelle la communication est nécessaire pour que le syndicat puisse s'acquitter de ses obligations de représentation — Ordonnance contestée par une employée qui invoque la violation de ses droits protégés par la Loi sur la protection des renseignements personnels et par l'al. 2d) de la Charte — La décision de la Commission selon laquelle l'ordonnance ne contrevenait pas à la Loi sur la protection des renseignements personnels était-elle raisonnable? — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 et 186(1)a) — Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 8(2)a).

BERNARD C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 227.

**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

Délits intentionnels — Atteinte illégale aux rapports économiques — Champ de la responsabilité — Entrave par le propriétaire minoritaire d'un immeuble d'habitation et son administrateur aux efforts déployés par les propriétaires majoritaires en vue de vendre l'immeuble à un tiers — Le propriétaire minoritaire et son administrateur sont-ils délictuellement responsables d'atteinte illégale aux rapports économiques?

A.I. ENTERPRISES LTD. C. BRAM ENTERPRISES LTD., 177.

**TRIBUNAUX**

1. Cour suprême du Canada — Juges — Conditions d'admissibilité à une nomination à la Cour suprême du Canada — Exigence que trois juges soient nommés parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats inscrits pendant au moins 10 ans au Barreau du Québec — Un juge de la



**TRIBUNAUX** — (Fin)

Cour d'appel fédérale qui a été autrefois inscrit au Barreau du Québec pendant plus de 10 ans est-il admissible à une nomination à la Cour suprême du Canada? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 5, 6.

RENVOI RELATIF À LA *LOI SUR LA COUR SUPRÊME*,  
ART. 5 ET 6, 433.

2. Compétence — Habeas corpus — Transfèrement d'urgence non sollicité d'un détenu sous responsabilité fédérale d'un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité maximale — Portée du pouvoir de révision d'une cour supérieure provinciale dans le cadre d'une demande d'habeas corpus avec certiorari auxiliaire relativement à la détention dans un pénitencier fédéral — Dans le cadre d'une demande d'habeas corpus, une cour supérieure provinciale peut-elle se prononcer sur le caractère raisonnable d'une décision administrative de transférer un détenu à un établissement à sécurité plus élevée, ou cette tâche revient-elle à la Cour fédérale dans le cadre d'un contrôle judiciaire?

ÉTABLISSEMENT DE MISSION C. KHELA, 502.

---

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rqs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rqs@scc-csc.ca