# Canada Supreme Court Reports

# Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada


**Part 1, 2012 Vol. 1**

**1er cahier, 2012 Vol. 1**

**Cited as [2012] 1 S.C.R. 3-263**

**Renvoi [2012] 1 R.C.S. 3-263**

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 / Arrêtiste 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
ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN
SÉBASTIEN LAFRANCE
KAREN LEVASSEUR
BERNARD OLIVIER
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
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
MARIE RODRIGUE
MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY
JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

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.*

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2012.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2012.

## CONTENTS

**Catalyst Paper Corp. *v.* North Cowichan (District) ..... 5**

Municipal law — Bylaws — Validity — Standard of review applicable to municipal taxation bylaw — What standard of reasonableness requires in context of judicial review of taxation bylaw — Community Charter, S.B.C. 2003, c. 26, s. 197.

**Merck Frosst Canada Ltd. *v.* Canada (Health) ..... 23**

Access to information — Appeals — Standard of appellate review — Evidence — Access to information requests filed with Health Canada relating to third party pharmaceutical company's new drug submissions — Whether deference owed to reviewing judge's findings that exemptions from disclosure applied to third party information — Whether pharmaceutical company provided sufficient direct and objective evidence information falling within exemptions — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 20(1), 44.

Access to information — Third party information — Exemptions — Notice requirements — Severance — Access to information requests filed with Health Canada relating to third party pharmaceutical company's new drug submissions — Whether government institution fulfilled obligations to review records before providing notice of intention to disclose third party's information and in severing non-exempt information — Whether statutory notice requirements triggered — Whether third party information falling within Act's exemptions — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 20(1), 25, 27, 28.

**R. *v.* D.A.I. ..... 149**

Criminal law — Evidence — Testimonial competence — Adults with mental disabilities — Whether adult witnesses with mental disabilities must demonstrate understanding of nature of obligation to tell truth in order to be deemed competent to testify — Whether finding of testimonial competence without demonstration of understanding of obligation to tell truth breaches accused's right to fair trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.

**R. *v.* T.L.M. ..... 233**

Criminal law — Evidence — Similar fact evidence — Admissibility of similar fact evidence relating to previous conviction of the accused for sexual assault — Trial judge did not err in admitting similar fact evidence.

**Reference re *Broadcasting Act* ..... 142**

Communications law — Broadcasting — Internet — Internet service providers providing end-users with access to broadcasting over Internet — Whether Internet service providers are broadcasters when they provide

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

**Banque Toronto-Dominion *c.* Canada ..... 3**

Droit fiscal — Application et exécution — Faillite et insolvabilité — Insaisissabilité — Ministre du Revenu adressant une demande formelle de paiement à une banque où détenait un compte un débiteur fiscal — Débiteur fiscal déposant par la suite un avis de proposition concordataire en vertu de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — L'avis de proposition n'a pas priorité sur la demande de paiement antérieure — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 317(3) — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 69, 70.

**Catalyst Paper Corp. *c.* North Cowichan (District) ..... 5**

Droit municipal — Règlements — Validité — Norme de contrôle applicable à un règlement municipal en matière de taxation — Exigence de la norme de la décision raisonnable dans le contexte du contrôle judiciaire d'un tel règlement — Community Charter, S.B.C. 2003, ch. 26, art. 197.

**Merck Frosst Canada Ltée *c.* Canada (Santé) ..... 23**

Accès à l'information — Appels — Norme de contrôle en appel — Preuve — Demandes d'accès à l'information déposées auprès de Santé Canada visant des présentations de drogue nouvelle d'un tiers, une société pharmaceutique — Faut-il faire preuve de déférence envers les conclusions du juge siégeant en révision que les exceptions à la divulgation s'appliquent aux renseignements du tiers? — La société pharmaceutique a-t-elle présenté une preuve directe et objective suffisante pour établir que les renseignements étaient visés par l'une ou l'autre des exceptions? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 20(1), 44.

Accès à l'information — Renseignements concernant un tiers — Exceptions — Obligations en matière d'avis — Prélèvement de renseignements — Demandes d'accès à l'information déposées auprès de Santé Canada visant des présentations de drogue nouvelle d'un tiers, une société pharmaceutique — L'institution fédérale a-t-elle rempli ses obligations d'examiner les documents avant de donner au tiers un avis de son intention de divulguer certains de ses renseignements et de prélever les renseignements non soustraits à la divulgation? — Les exigences légales en matière d'avis ont-elles pris naissance? — Les renseignements du tiers étaient-ils visés par l'une ou l'autre des exceptions prévues par la Loi? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 20(1), 25, 27, 28.

**R. *c.* D.A.I. ..... 149**

Droit criminel — Preuve — Habilité à témoigner — Adultes ayant une déficience intellectuelle — Les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent-ils démontrer qu'ils comprennent la nature de l'obligation de dire la vérité pour être réputés habiles à témoigner? — La conclusion que

*Suite à la page suivante*

end-users with access to broadcasting through Internet — Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2, 3.

**S.L. *v.* Commission scolaire des Chênes ..... 235**

Administrative law — Judicial review — School authorities — Parents requesting that school board exempt their children from ethics and religious culture course to avoid causing them serious harm — Requests for exemption denied — Whether decision of school board made at dictate of third party — Education Act, R.S.Q., c. I-13.3, s. 222.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Burden of proof at stage of demonstrating infringement of right to freedom of religion — Objective proof of interference with practice or belief — Parents sincerely believing in obligation to pass on precepts of Catholic religion to children — Whether ethics and religious culture program objectively interfering with parents' ability to pass on faith to children — Whether parents demonstrating that program infringed their freedom of conscience and religion protected by s. 2(a) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether refusal of school board to exempt children from ethics and religious culture course infringed their constitutional right.

Human rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Whether parents demonstrating that program infringed their freedom of conscience and religion protected by s. 3 of the Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12.

**Toronto-Dominion Bank *v.* Canada ..... 3**

Taxation — Administration and enforcement — Bankruptcy and Insolvency — Immunity from seizure — Requirement to pay sent by Minister of Revenue to bank where tax debtor held account — Tax debtor subsequently filing notice of proposal under Bankruptcy and Insolvency Act — Subsequent notice of proposal not having precedence over requirement to pay — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 317(3) — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 69, 70.



le témoin est habile à témoigner sans qu'il ne soit démontré qu'il comprend l'obligation de dire la vérité porte-t-elle atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.

**R. *c.* T.L.M. ..... 233**

Droit criminel — Preuve — Preuve de faits similaires — Admissibilité d'éléments de preuve de faits similaires concernant une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée antérieurement contre l'accusé — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant cette preuve de faits similaires.

**Renvoi relatif à la *Loi sur la radiodiffusion* ..... 142**

Droit des communications — Radiodiffusion — Internet — Fournisseurs de services Internet permettant aux utilisateurs finaux d'avoir accès à la radiodiffusion grâce à Internet — Ces fournisseurs sont-ils des radiodiffuseurs lorsqu'ils permettent ainsi cet accès? — Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2, 3.

**S.L. *c.* Commission scolaire des Chênes ..... 235**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Autorités scolaires — Parents demandant à la commission scolaire d'exempter leurs enfants du cours d'éthique et de culture religieuse afin d'éviter à ceux-ci un préjudice grave — Demandes d'exemption refusées — La décision de la commission scolaire a-t-elle été prise sous la dictée d'un tiers? — Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., ch. I-13.3, art. 222.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Écoles — Programme d'éthique et de culture religieuse obligatoire — Fardeau à l'étape de la preuve de l'atteinte au droit à la liberté de religion — Démonstration de facteurs objectifs entravant le respect d'une pratique ou d'une croyance — Parents croyant sincèrement en l'obligation de transmettre à leurs enfants les préceptes de la religion catholique — Le programme d'éthique et de culture religieuse constituait-il, objectivement, une entrave à leur capacité de transmettre leur foi à leurs enfants? — Les parents ont-ils fait la preuve que le programme portait atteinte à leur liberté de conscience et de religion que protège l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le refus de la commission scolaire d'exempter leurs enfants du cours d'éthique et de culture religieuse contrevenait-il à leur droit constitutionnel?

Droits de la personne — Liberté de religion — Écoles — Programme d'éthique et de culture religieuse obligatoire — Les parents ont-ils fait la preuve que le programme portait atteinte à leur liberté de conscience et de religion que protège l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12?

# Canada Supreme Court Reports

# Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Volume 1, 2012

1er volume, 2012

**Toronto-Dominion Bank** *Appellant*

*v.*

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: TORONTO-DOMINION BANK *v.* CANADA**

**2012 SCC 1**

File No.: 33878.

2012: January 12.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Taxation — Administration and enforcement — Bankruptcy and Insolvency — Immunity from seizure — Requirement to pay sent by Minister of Revenue to bank where tax debtor held account — Tax debtor subsequently filing notice of proposal under Bankruptcy and Insolvency Act — Subsequent notice of proposal not having precedence over requirement to pay — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 317(3) — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 69, 70.*

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais, Noël and Trudel JJ.A.), 2010 FCA 174, 405 N.R. 282, 325 D.L.R. (4th) 174, 69 C.B.R. (5th) 190, 2010 GTC 1057 (p. 1844), [2010] G.S.T.C. 99, [2010] F.C.J. No. 878 (QL), 2010 CarswellNat 2936, affirming a decision of Angers J., 2009 TCC 522, [2010] G.S.T.C. 16, 2010 G.T.C. 28 (p. 167), [2009] T.C.J. No. 465 (QL), 2009 CarswellNat 4941. Appeal dismissed.

*Éric Potvin* and *André Rousseau*, for the appellant.

*Christian Boutin* and *Pier-Olivier Julien*, for the respondent.

**Banque Toronto-Dominion** *Appelante*

*c.*

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : BANQUE TORONTO-DOMINION *c.* CANADA**

**2012 CSC 1**

N° du greffe : 33878.

2012 : 12 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit fiscal — Application et exécution — Faillite et insolvabilité — Insaisissabilité — Ministre du Revenu adressant une demande formelle de paiement à une banque où détenait un compte un débiteur fiscal — Débiteur fiscal déposant par la suite un avis de proposition concordataire en vertu de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — L'avis de proposition n'a pas priorité sur la demande de paiement antérieure — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 317(3) — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 69, 70.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Blais, Noël et Trudel), 2010 CAF 174, 405 N.R. 282, 325 D.L.R. (4th) 174, 69 C.B.R. (5th) 190, 2010 GTC 1048 (p. 1775), [2010] G.S.T.C. 99, [2010] A.C.F. n° 878 (QL), 2010 CarswellNat 1920, qui a confirmé une décision du juge Angers, 2009 CCI 522, [2009] G.S.T.C. 162, 2010 G.T.C. 6 (p. 61), [2009] A.C.I. n° 465 (QL), 2009 CarswellNat 3686. Pourvoi rejeté.

*Éric Potvin* et *André Rousseau*, pour l'appelante.

*Christian Boutin* et *Pier-Olivier Julien*, pour l'intimée.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] LEBEL J. — We agree with the reasons of Noël J.A. of the Federal Court of Appeal (2010 FCA 174, 405 N.R. 282). The appeal is accordingly dismissed without costs.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Larivière Meunier, Québec.*

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE LEBEL — Nous sommes d'accord avec les motifs exposés par le juge Noël de la Cour d'appel fédérale (2010 CAF 174, 405 N.R. 282). En conséquence, l'appel est rejeté sans dépens.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelante : Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée : Larivière Meunier, Québec.*

**Catalyst Paper Corporation** *Appellant*

*v.*

**Corporation of the District of North Cowichan** *Respondent*

**INDEXED AS: CATALYST PAPER CORP. *v.* NORTH COWICHAN (DISTRICT)**

**2012 SCC 2**

File No.: 33744.

2011: October 18; 2012: January 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Municipal law — Bylaws — Validity — Standard of review applicable to municipal taxation bylaw — What standard of reasonableness requires in context of judicial review of taxation bylaw — Community Charter, S.B.C. 2003, c. 26, s. 197.*

One of C's four mills is located in the District of North Cowichan on Vancouver Island. C seeks to have a municipal taxation bylaw set aside on the basis that it is unreasonable having regard to objective factors such as consumption of municipal services. The District argued that reasonableness must take into account not only matters directly related to the treatment of a particular taxpayer, but a broad array of social, economic and demographic factors relating to the community as a whole. The chambers judge upheld the bylaw. The Court of Appeal dismissed the appeal.

*Held*: The appeal should be dismissed.

The applicable standard of review is reasonableness. The power of the courts to set aside municipal bylaws is a narrow one, and cannot be exercised simply because a bylaw imposes a greater share of the tax burden on some ratepayers than on others. The critical question is what factors the court should consider in determining what lies within the range of possible reasonable outcomes. Courts reviewing bylaws for reasonableness

**Catalyst Paper Corporation** *Appelante*

*c.*

**Corporation of the District of North Cowichan** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : CATALYST PAPER CORP. *c.* NORTH COWICHAN (DISTRICT)**

**2012 CSC 2**

N° du greffe : 33744.

2011 : 18 octobre; 2012 : 20 janvier.

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

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

*Droit municipal — Règlements — Validité — Norme de contrôle applicable à un règlement municipal en matière de taxation — Exigence de la norme de la décision raisonnable dans le contexte du contrôle judiciaire d'un tel règlement — Community Charter, S.B.C. 2003, ch. 26, art. 197.*

L'une des quatre papeteries de C se trouve dans le district de North Cowichan, sur l'île de Vancouver. C demande l'annulation d'un règlement municipal en matière de taxation au motif qu'il est déraisonnable eu égard à des facteurs objectifs telle la consommation de services municipaux. Le district avance que selon la norme de la décision raisonnable il faut tenir compte non seulement de questions se rapportant directement au traitement réservé à un contribuable en particulier, mais également de toute une gamme de facteurs sociaux, économiques et démographiques qui touchent la collectivité dans son ensemble. Le juge de première instance a confirmé la validité du règlement. La Cour d'appel a rejeté l'appel.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

La norme de contrôle à appliquer est celle de la décision raisonnable. Le pouvoir d'un tribunal d'annuler un règlement municipal est limité et il ne peut être exercé pour la seule raison que le règlement impose un plus grand fardeau fiscal à certains contribuables par rapport à d'autres. La question cruciale est de savoir quels facteurs le tribunal doit prendre en compte pour déterminer en quoi consiste l'éventail d'issues

must approach the task against the backdrop of the wide variety of factors that elected municipal councillors may legitimately consider in enacting bylaws, including broad social, economic and political issues. Only if the bylaw is one no reasonable body informed by these factors could have taken will the bylaw be set aside.

The fact that wide deference is owed to municipal councils does not mean that they have *carte blanche*. Reasonableness limits municipal councils in the sense that the substance of their bylaws must conform to the rationale of the statutory regime set up by the legislature. The range of reasonable outcomes is circumscribed by the purview of the legislative scheme that empowers a municipality to pass a bylaw. Municipal councils must also adhere to appropriate processes and cannot act for improper purposes.

The bylaw falls within a reasonable range of outcomes. The bylaw does not constitute a decision that no reasonable elected municipal council could have made. The District Council considered and weighed all relevant factors. The process of passing the bylaw was properly followed. The reasons for the bylaw were clear and the District's policy had been laid out in a five-year plan. The District's approach complies with the *Community Charter*, which permits municipalities to apply different tax rates to different classes of property. The *Community Charter* does not support C's contention that property value taxes ought to be limited by the level of service consumed. Although the bylaw favours residential property owners, it is not unreasonably partial to them.

**Cases Cited**

**Applied:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106; *Bell v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 212; *O'Flanagan v. Rossland (City)*, 2009 BCCA 182, 270 B.C.A.C. 40; *Westcoast Energy Inc. v. Peace River (Regional District)* (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 45; *Canadian National Railway Co. v. Fraser-Fort George (Regional District)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 81; *Hlushak v. Fort McMurray (City)* (1982), 37 A.R. 149; *Ritholz v. Manitoba Optometric Society* (1959), 21 D.L.R. (2d) 542; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2000 SCC 64, [2000] 2 S.C.R. 919; *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91; *Associated Provincial*

possibles raisonnables. Le tribunal appelé à réviser le caractère raisonnable d'un règlement municipal doit le faire au regard de la grande variété de facteurs dont les conseillers municipaux élus peuvent légitimement tenir compte lorsqu'ils adoptent des règlements, y compris des facteurs généraux d'ordre social, économique et politique. Le règlement ne sera annulé que s'il s'agit d'un règlement qui n'aurait pu être adopté par un organisme raisonnable tenant compte de ces facteurs.

Le fait qu'il faille faire preuve d'une grande retenue envers les conseils municipaux ne signifie pas qu'ils ont carte blanche. La norme de la décision raisonnable restreint les conseils municipaux en ce sens que la teneur de leurs règlements doit être conforme à la raison d'être du régime mis sur pied par la législature. L'éventail des issues raisonnables est circonscrit par la portée du schème législatif qui confère à la municipalité le pouvoir de prendre des règlements. Les conseils municipaux doivent également adopter des processus convenables et ils ne peuvent agir à des fins illégitimes.

Le règlement s'inscrit dans un éventail d'issues raisonnables. Il ne constitue pas une décision qu'aucun conseil municipal élu raisonnable n'aurait pu prendre. Le conseil du district a examiné et soupesé tous les facteurs pertinents. Le processus d'adoption du règlement a été correctement suivi. Les motifs qui sous-tendaient le règlement étaient clairs et le district avait exposé sa politique dans un plan quinquennal. L'approche du district respecte la *Community Charter*, qui autorise les municipalités à imposer un taux d'impôt foncier propre à chaque catégorie d'immeubles. La *Community Charter* ne permet pas à C d'affirmer que les taxes foncières à payer devraient être proportionnelles au niveau de consommation des services. Le règlement favorise certes les propriétaires d'immeubles résidentiels, mais il n'est pas déraisonnablement partial envers eux.

**Jurisprudence**

**Arrêt appliqué :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106; *Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212; *O'Flanagan c. Rossland (City)*, 2009 BCCA 182, 270 B.C.A.C. 40; *Westcoast Energy Inc. c. Peace River (Regional District)* (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 45; *Canadian National Railway Co. c. Fraser-Fort George (Regional District)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 81; *Hlushak c. Fort McMurray (City)* (1982), 37 A.R. 149; *Ritholz c. Manitoba Optometric Society* (1959), 21 D.L.R. (2d) 542; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2000 CSC 64, [2000] 2 R.C.S. 919; *Kruse c. Johnson*, [1898] 2

*Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223; *Lehndorff United Properties (Canada) Ltd. v. Edmonton (City)* (1993), 146 A.R. 37, aff'd (1994), 157 A.R. 169; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326.

**Statutes and Regulations Cited**

*Community Charter*, S.B.C. 2003, c. 26, ss. 197, 199(b).
District of North Cowichan, Bylaw No. 3385, *Tax Rates Bylaw, 2009.*
*Municipal Finance Authority Act*, R.S.B.C. 1979, c. 292, s. 14.1(3)(b) [ad. 1983, c. 24, s. 35].
*Municipal Finance Authority Act Regulation*, B.C. Reg. 63/84.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Huddart and Saunders JJ.A.), 2010 BCCA 199, 286 B.C.A.C. 149, 484 W.A.C. 149, 5 B.C.L.R. (5th) 203, 318 D.L.R. (4th) 350, 92 R.P.R. (4th) 1, 69 M.P.L.R. (4th) 163, [2010] 7 W.W.R. 259, [2010] B.C.J. No. 700 (QL), 2010 CarswellBC 958, affirming a decision of Voith J., 2009 BCSC 1420, 98 B.C.L.R. (4th) 355, 88 R.P.R. (4th) 203, 66 M.P.L.R. (4th) 35, [2010] 7 W.W.R. 220, [2009] B.C.J. No. 2033 (QL), 2009 CarswellBC 2763. Appeal dismissed.

*Roy W. Millen*, *Joanne Lysyk* and *Alexandra Luchenko*, for the appellant.

*Sukhbir Manhas* and *Reece Harding*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Catalyst Paper is the largest specialty paper and newsprint producer in western North America. One of its four mills is located in the District of North Cowichan, on the southeastern shore of Vancouver Island. Nearby forests offer a plentiful supply of wood for Catalyst's operations, while proximity to the ocean offers cheap transportation of supply and product. Labour was historically supplied by small neighbouring communities. Catalyst footed a large portion of the District's modest property tax levy, without demur.

Q.B. 91; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223; *Lehndorff United Properties (Canada) Ltd. c. Edmonton (City)* (1993), 146 A.R. 37, conf. par (1994), 157 A.R. 169; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326.

**Lois et règlements cités**

*Community Charter*, S.B.C. 2003, ch. 26, art. 197, 199b).
District of North Cowichan, Bylaw No. 3385, *Tax Rates Bylaw, 2009.*
*Municipal Finance Authority Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 292, art. 14.1(3)b) [aj. 1983, ch. 24, art. 35].
*Municipal Finance Authority Act Regulation*, B.C. Reg. 63/84.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Huddart et Saunders), 2010 BCCA 199, 286 B.C.A.C. 149, 484 W.A.C. 149, 5 B.C.L.R. (5th) 203, 318 D.L.R. (4th) 350, 92 R.P.R. (4th) 1, 69 M.P.L.R. (4th) 163, [2010] 7 W.W.R. 259, [2010] B.C.J. No. 700 (QL), 2010 CarswellBC 958, qui a confirmé une décision du juge Voith, 2009 BCSC 1420, 98 B.C.L.R. (4th) 355, 88 R.P.R. (4th) 203, 66 M.P.L.R. (4th) 35, [2010] 7 W.W.R. 220, [2009] B.C.J. No. 2033 (QL), 2009 CarswellBC 2763. Pourvoi rejeté.

*Roy W. Millen*, *Joanne Lysyk* et *Alexandra Luchenko*, pour l'appelante.

*Sukhbir Manhas* et *Reece Harding*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — La société Catalyst Paper est le plus gros producteur de papier pour usages spéciaux et de papier à journal de l'ouest du continent nord-américain. L'une de ses quatre papeteries se trouve dans le district de North Cowichan, sur la côte sud-est de l'île de Vancouver. Grâce aux forêts avoisinantes, elle dispose de tout le bois dont elle a besoin, et sa proximité à l'océan lui permet de transporter à peu de frais le matériel nécessaire ainsi que ses produits. Sa main d'œuvre provient traditionnellement des petites collectivités des environs, et c'est sans hésiter qu'elle a toujours payé une grande partie des taxes foncières modestes perçues par le district.

[2] In recent decades, the picture has changed. Attracted by the beauty of the Cowichan coast and the benignity of its climate, new residents began flocking to the District. One after another, new subdivisions sprang up. As the population increased, so did the need for new roads, water lines, schools, hospitals and the usual array of municipal services that accompany urban growth.

[3] As more people came to the District, residential property values skyrocketed, while the value of Catalyst's property remained relatively stable. The District was concerned that taxing residential property at a rate that reflected its actual value relative to the value of other classes of property in the District would result in unacceptable tax increases to residents, hitting long-term fixed-income residents hard. Instead, the District responded to the demographic shift by keeping residential property taxes low and increasing the relative tax rate on Catalyst's property. The total assessed value of residential property in North Cowichan increased 271% between 1992 and 2007, when the mean assessed value of a home in the District reached about $300,000. While residential properties account for almost 90% of the total value of property in the District, the taxes payable in respect thereof constitute only 40% of tax revenue. The tax rate for Class 1 (residential) property in 2009 was set at $2.1430 per $1,000, while the tax rate for Class 4 property (major industry), such as Catalyst's, was set at $43.3499 per $1,000. The ratio between residential property and major industrial property was thus 1:20.3 — dramatically higher than the 1:3.4 ratio that until 1984 was prescribed by regulation for all municipalities in British Columbia. The rate currently is among the highest in the province.

[2] Mais au cours des dernières décennies, les choses ont changé. Attirés par la beauté de la côte de Cowichan et son doux climat, de plus en plus de nouveaux résidents y ont élu domicile. L'une après l'autre, de nouvelles zones domiciliaires ont fait leur apparition. La croissance de la population a mené à la construction de routes, conduites d'eau, écoles et hôpitaux ainsi qu'au développement de toute la gamme des services municipaux qui vont de pair avec la croissance urbaine.

[3] Cette croissance a fait monter en flèche la valeur des immeubles résidentiels, alors que celle des immeubles de Catalyst est demeurée relativement stable. Le district craignait que l'imposition des immeubles résidentiels à un taux correspondant à leur valeur réelle par rapport à la valeur d'autres catégories d'immeubles dans le district ferait subir aux résidents des augmentations inacceptables qui pénaliseraient les résidents de longue date dont le revenu était fixe. C'est pourquoi la réponse du district à ce changement démographique a été de maintenir l'impôt foncier sur les immeubles résidentiels à un niveau faible et d'augmenter le taux relatif de l'impôt foncier sur la valeur des immeubles de Catalyst. Au total, la valeur imposable des immeubles résidentiels dans le district de North Cowichan a augmenté de 271 p. 100 entre 1992 et 2007, la valeur imposable moyenne d'une résidence atteignant près de 300 000 $. Bien que la valeur des immeubles résidentiels compte pour presque 90 p. 100 de la valeur totale des immeubles dans le district, les taxes foncières perçues à leur égard ne constituent que 40 p. 100 des recettes fiscales. Le taux d'imposition des immeubles de catégorie 1 (immeubles résidentiels) en 2009 a été fixé à 2,1430 $ par tranche de 1 000 $, alors que celui des immeubles de catégorie 4 (immeubles de grande industrie), tels ceux de Catalyst, s'élevait à 43,3499 $. Le rapport entre l'impôt foncier payé au titre des immeubles résidentiels et celui payé au titre des immeubles de grande industrie était donc de 1:20,3 — un rapport considérablement plus grand que celui que prévoyait la réglementation pour l'ensemble des municipalités de la Colombie-Britannique jusqu'en 1984, à savoir 1:3,4. Il compte parmi les rapports les plus élevés au sein de la province.

[4] Catalyst, not surprisingly, was unhappy with this state of affairs. Not only is it required to foot a grossly disproportionate part of the District's property tax levy, it obtains little in exchange in terms of services. It has its own sewer and water systems, and its own deep-sea port. Exacerbating the situation is the fact that in recent years, Catalyst's operation has been losing money. Catalyst cannot pick up its operation and move elsewhere. Its choices are to stay and pay, or to close the mill.

[5] To avert this fate, Catalyst has been pressuring the District to lower its tax assessment since 2003. It has had modest success. The District has conducted studies into the problem. It accepts that existing Class 4 tax rates in North Cowichan are at undesirable levels. The work of the District's Property Tax Restructuring Committee, the reports of its financial officer, Mr. Frame, and the District's Financial Plan Bylaw, all recognized that existing Class 4 rates are significantly higher than they should be. As Mr. Frame put it, they "have gotten off track".

[6] Acknowledging the problem, the District has embarked on a gradual program to reduce the rates on Class 4 property, has shifted some special costs to residents ($400,000 for a swimming pool), and in 2008 allocated a $300,000 budget reduction to Class 4 alone. This resulted in the property taxes paid by Catalyst declining from 48% in 2007 to 44% in 2008, to the current 37%. However, for Catalyst, this gradual approach is too little. Having exhausted recourse to the District, its only alternative, it says, is to seek relief from the courts.

[7] This raises the issues of when courts of law can review municipal taxation bylaws and what

[4] Il n'est donc pas étonnant que Catalyst soit mécontente de cette situation, car non seulement doit-elle payer une part exagérément disproportionnée des taxes foncières perçues par le district, mais elle reçoit très peu de services en échange. En effet, elle dispose de ses propres systèmes d'égouts et d'aqueduc, et de son propre port en eau profonde. Qui plus est, l'exploitation de Catalyst est déficitaire depuis quelques années, mais il lui est impossible de s'installer ailleurs. De deux choses l'une : ou bien elle reste dans le district et s'efforce de payer les taxes foncières, ou bien elle ferme la papeterie.

[5] Pour s'en sortir, Catalyst fait pression sur le district depuis 2003 pour qu'il diminue la valeur imposable de ses immeubles, ce qu'elle est parvenue à faire dans une certaine mesure. Le district a mené des études sur le problème. Il reconnaît que les taux de l'impôt foncier payé au titre des immeubles de catégorie 4 ont atteint un niveau indésirable. Le comité de restructuration de l'impôt foncier du district, les rapports de son agent financier, M. Frame, ainsi que le règlement du district en matière de planification financière reconnaissent tous que ces taux d'impôt foncier sont considérablement plus élevés qu'ils ne devraient l'être. Comme l'a dit M. Frame, ils [TRADUCTION] « ont atteint un niveau démesuré ».

[6] Reconnaissant l'ampleur du problème, le district a commencé à réduire graduellement ces taux, il a déchargé Catalyst de certains frais extraordinaires pour les imposer aux résidents (400 000 $ pour une piscine), et, en 2008, il a accordé une baisse d'impôt foncier de 300 000 $ à l'égard des seuls immeubles de catégorie 4. Tout cela a eu pour résultat que les taxes foncières payées par Catalyst, qui constituaient 48 p. 100 des recettes fiscales du district en 2007, sont passées à 44 p. 100 en 2008 avant d'atteindre la proportion actuelle, soit 37 p. 100. Cependant, pour Catalyst, cette approche graduelle est insatisfaisante. Ayant épuisé toutes les possibilités qui s'offraient à elle d'influencer le district, elle dit n'avoir d'autre choix que de s'adresser aux tribunaux.

[7] Ceci soulève les questions de savoir dans quelles circonstances les cours de justice peuvent

principles guide that review. Catalyst argues that courts can set aside municipal bylaws on the ground that they are unreasonable, having regard to objective factors such as consumption of municipal services. The District of North Cowichan, on the other hand, argues that the judicial power to overturn a municipal tax bylaw is very narrow; in its view, courts cannot overturn a bylaw simply because it places a disproportionate burden on a taxpayer.

[8] The British Columbia Supreme Court (2009 BCSC 1420, 98 B.C.L.R. (4th) 355) and the Court of Appeal (2010 BCCA 199, 286 B.C.A.C. 149) upheld the impugned bylaw. Catalyst now appeals to this Court.

[9] I conclude that the power of the courts to set aside municipal bylaws is a narrow one, and cannot be exercised simply because a bylaw imposes a greater share of the tax burden on some ratepayers than on others.

Analysis

A. *Judicial Review of Municipal Bylaws*

[10] It is a fundamental principle of the rule of law that state power must be exercised in accordance with the law. The corollary of this constitutionally protected principle is that superior courts may be called upon to review whether particular exercises of state power fall outside the law. We call this function "judicial review".

[11] Municipalities do not have direct powers under the Constitution. They possess only those powers that provincial legislatures delegate to them. This means that they must act within the legislative constraints the province has imposed on them. If they do not, their decisions or bylaws may be set aside on judicial review.

réviser les règlements municipaux en matière de taxation et quels principes il convient d'appliquer à cet égard. Catalyst soutient que les tribunaux peuvent annuler des règlements municipaux au motif qu'ils sont déraisonnables eu égard à des facteurs objectifs tels la consommation de services municipaux. Pour sa part, le district de North Cowichan fait valoir que le pouvoir d'un tribunal d'annuler un tel règlement est très limité; selon lui, le tribunal ne peut exercer ce pouvoir pour la seule raison que le règlement impose un fardeau disproportionné à un contribuable.

[8] La Cour suprême de la Colombie-Britannique (2009 BCSC 1420, 98 B.C.L.R. (4th) 355) et la Cour d'appel (2010 BCCA 199, 286 B.C.A.C. 149) ont toutes les deux confirmé la validité du règlement contesté. C'est pourquoi Catalyst se pourvoit devant notre Cour.

[9] Je conclus que le pouvoir d'un tribunal d'annuler un règlement municipal est limité et qu'il ne peut être exercé pour la seule raison que le règlement impose un plus grand fardeau fiscal à certains contribuables par rapport à d'autres.

Analyse

A. *Contrôle judiciaire des règlements municipaux*

[10] La primauté du droit pose comme principe fondamental que le pouvoir de l'État doit être exercé en conformité avec la loi. Ce principe protégé par la Constitution a pour corollaire que les cours supérieures peuvent être appelées à examiner si un exercice particulier du pouvoir de l'État est conforme à la loi ou non. C'est ce que nous appelons le « contrôle judiciaire ».

[11] Les municipalités ne jouissent d'aucun pouvoir leur étant directement accordé par la Constitution. Elles n'ont que les pouvoirs que leur délèguent les législatures provinciales. Cela signifie qu'elles doivent s'en tenir aux contraintes législatives que la province leur impose, à défaut de quoi leurs décisions et leurs règlements peuvent être annulés à l'issue d'une procédure de contrôle judiciaire.

[12] A municipality's decisions and bylaws, like all administrative acts, may be reviewed in two ways. First, the requirements of procedural fairness and legislative scheme governing a municipality may require that the municipality comply with certain procedural requirements, such as notice or voting requirements. If a municipality fails to abide by these procedures, a decision or bylaw may be invalid. But in addition to meeting these bare legal requirements, municipal acts may be set aside because they fall outside the scope of what the empowering legislative scheme contemplated. This substantive review is premised on the fundamental assumption derived from the rule of law that a legislature does not intend the power it delegates to be exercised unreasonably, or in some cases, incorrectly.

[13] A court conducting substantive review of the exercise of delegated powers must first determine the appropriate standard of review. This depends on a number of factors, including the presence of a privative clause in the enabling statute, the nature of the body to which the power is delegated, and whether the question falls within the body's area of expertise. Two standards are available: reasonableness and correctness. See, generally, *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 55. If the applicable standard of review is correctness, the reviewing court requires, as the label suggests, that the administrative body be correct. If the applicable standard of review is reasonableness, the reviewing court requires that the decision be reasonable, having regard to the processes followed and whether the outcome falls within a reasonable range of alternatives in light of the legislative scheme and contextual factors relevant to the exercise of the power (*Dunsmuir*, at para. 47).

[14] Against this general background, I come to the issue before us — the substantive judicial

[12] Les décisions et les règlements d'une municipalité, à l'instar de tout acte administratif, peuvent être révisés de deux façons. D'abord, les exigences en matière d'équité procédurale et le régime législatif qui régit la municipalité peuvent l'obliger à respecter certaines exigences de nature procédurale, notamment en matière d'avis ou de vote, et sa décision ou son règlement peut être jugé invalide si elle néglige de suivre ces procédures. Mais en plus de pouvoir être annulés au motif que ces exigences légales minimales n'ont pas été respectées, il se peut que les actes d'une municipalité le soient parce qu'ils outrepassent ce que le régime législatif permettait de faire. Cette révision sur le fond est fondée sur la présomption fondamentale, découlant de la primauté du droit, selon laquelle le législateur ne peut avoir voulu que le pouvoir qu'il a délégué soit exercé de façon déraisonnable, ou, dans certains cas, incorrecte.

[13] Un tribunal procédant à la révision sur le fond de l'exercice de pouvoirs délégués doit d'abord déterminer la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer. Cela dépend d'un certain nombre de facteurs, notamment l'existence ou non d'une clause privative (aussi appelée disposition d'inattaquabilité) dans la loi habilitante, la nature du délégataire, et la question de savoir si la décision relève du domaine d'expertise de ce dernier. Il existe deux normes de contrôle : celle de la décision raisonnable et celle de la décision correcte. Voir, de façon générale, *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au par. 55. Dans le cas où la norme qu'il convient d'appliquer est celle de la décision correcte, le tribunal de révision exige que l'entité administrative ait agi correctement, comme l'indique l'appellation de la norme. Dans le cas où la norme applicable est plutôt celle de la décision raisonnable, il exige que la décision soit raisonnable en considérant les processus suivis et si le résultat s'inscrit dans un éventail raisonnable d'issues possibles, compte tenu du régime législatif et des facteurs contextuels pertinents quant à l'exercice du pouvoir (*Dunsmuir*, par. 47).

[14] C'est sur cette toile de fond que j'aborde la question que nous sommes appelés à trancher :

review of municipal taxation bylaws. In *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106, at p. 115, the Court, referring to delegated legislation, drew a distinction between policy and legality, with the former being unreviewable by the courts:

> The Governor in Council quite obviously believed that he had reasonable grounds for passing Order in Council P.C. 1977-2115 extending the boundaries of Saint John Harbour and we cannot enquire into the validity of those beliefs in order to determine the validity of the Order in Council.

(See also pp. 111-13.) However, this attempt to maintain a clear distinction between policy and legality has not prevailed. In passing delegated legislation, a municipality must make policy choices that fall reasonably within the scope of the authority the legislature has granted it. Indeed, the parties now agree that the tax bylaw at issue is not exempt from substantive review in this sense.

[15] Unlike Parliament and provincial legislatures which possess inherent legislative power, regulatory bodies can exercise only those legislative powers that were delegated to them by the legislature. Their discretion is not unfettered. The rule of law insists on judicial review to ensure that delegated legislation complies with the rationale and purview of the statutory scheme under which it is adopted. The delegating legislator is presumed to intend that the authority be exercised in a reasonable manner. Numerous cases have accepted that courts can review the substance of bylaws to ensure the lawful exercise of the power conferred on municipal councils and other regulatory bodies (*Bell v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 212; *O'Flanagan v. Rossland (City)*, 2009 BCCA 182, 270 B.C.A.C. 40; *Westcoast Energy Inc. v. Peace River (Regional District)* (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 45 (C.A.); *Canadian National Railway Co. v. Fraser-Fort George (Regional District)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 81 (C.A.); *Hlushak v. Fort McMurray (City)* (1982), 37 A.R. 149 (C.A.); *Ritholz v.*

la révision judiciaire sur le fond des règlements municipaux en matière de taxation. Dans *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106, p. 115, la Cour, faisant référence à la législation déléguée, a établi une distinction entre la politique et la légalité, la première ne pouvant être révisée par les tribunaux :

> Le gouverneur en conseil a manifestement cru avoir des motifs raisonnables de prendre le décret C.P. 1977-2115 qui étendait les limites du port de Saint-Jean et nous ne pouvons nous enquérir de la validité de ces motifs afin de déterminer la validité du décret.

(Voir aussi p. 111-113.) Cependant, cette tentative de conserver une distinction claire entre la politique et la légalité n'a pas été maintenue. En exerçant son pouvoir législatif délégué, une municipalité doit faire des choix de politique qui relèvent raisonnablement de l'étendue de l'autorité que la législature lui a octroyée. De fait, les parties conviennent maintenant que le règlement en matière de taxation en cause dans la présente affaire n'est pas, en ce sens, soustrait à la révision sur le fond.

[15] Contrairement au Parlement et aux législatures provinciales, qui jouissent d'un pouvoir législatif inhérent, les organismes de réglementation ne peuvent exercer que les pouvoirs législatifs qui leur ont été délégués. Leur pouvoir discrétionnaire n'est pas sans limites. La primauté du droit exige que le contrôle judiciaire de la législation déléguée s'assure que celle-ci est bien conforme à la raison d'être et à la portée du régime législatif sous lequel elle a été adoptée. Il faut présumer que le législateur qui délègue un pouvoir s'attend à ce que celui-ci soit exercé de manière raisonnable. Il a été reconnu dans de nombreux cas que les tribunaux peuvent réviser le contenu des règlements municipaux afin d'assurer l'exercice légitime du pouvoir conféré aux conseils municipaux et à d'autres organismes de réglementation (*Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212; *O'Flanagan c. Rossland (City)*, 2009 BCCA 182, 270 B.C.A.C. 40; *Westcoast Energy Inc. c. Peace River (Regional District)* (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 45 (C.A.); *Canadian National Railway Co. c. Fraser-Fort George (Regional*

*Manitoba Optometric Society* (1959), 21 D.L.R. (2d) 542 (Man. C.A.)).

[16] This brings us to the standard of review to be applied. The parties agree that the reasonableness standard applies in this case. The question is whether the bylaw at issue is reasonable having regard to process and whether it falls within a range of possible reasonable outcomes (*Dunsmuir*, at para. 47).

[17] Where the parties differ is on *what the standard of reasonableness requires in the context of this case.* This is the nub of the dispute before us. Catalyst argues that the issue is whether the tax bylaw falls within a range of reasonable outcomes, having regard to objective factors relating to consumption of municipal services, factors Catalyst has outlined in a study called the "Consumption of Services Model". The District of North Cowichan, on the other hand, argues that reasonableness, in the context of municipal taxation bylaws, must take into account not only matters directly related to the treatment of a particular taxpayer in terms of consumption, but a broad array of social, economic and demographic factors relating to the community as a whole. The critical question is what factors the court should consider in determining what lies within the range of possible reasonable outcomes. Is it the narrow group of objective consumption-related factors urged by Catalyst? Or is it a broader spectrum of social, economic and political factors, as urged by North Cowichan?

[18] The answer lies in *Dunsmuir*'s recognition that reasonableness must be assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors. It is an essentially

*District)* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 81 (C.A.); *Hlushak c. Fort McMurray (City)* (1982), 37 A.R. 149 (C.A.); *Ritholz c. Manitoba Optometric Society* (1959), 21 D.L.R. (2d) 542 (C.A. Man.)).

[16] Cela nous amène à la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer. Les parties conviennent qu'il s'agit de la norme de la décision raisonnable en l'espèce. La question est donc de savoir si le règlement contesté est raisonnable, eu égard au processus qui a mené à son adoption, et s'il s'inscrit dans un éventail d'issues possibles raisonnables (*Dunsmuir*, par. 47).

[17] Là où les parties divergent d'opinion, c'est sur *ce que la norme de la décision raisonnable impose dans le contexte de la présente affaire.* C'est ici que se situe le nœud de l'affaire. Catalyst soutient que la question est de savoir si le règlement s'inscrit dans un éventail d'issues raisonnables eu égard à des facteurs objectifs se rapportant à la consommation de services municipaux, facteurs que Catalyst a décrits dans une étude intitulée « *Consumption of Services Model* » (« Le modèle basé sur la consommation de services »). De son côté, le district de North Cowichan avance que la norme de la décision raisonnable impose, dans le contexte des règlements municipaux en matière de taxation, que l'on tienne compte non seulement de questions se rapportant directement au traitement réservé à un contribuable en particulier selon qu'il consomme ou non des services municipaux, mais également de toute une gamme de facteurs sociaux, économiques et démographiques qui touchent la collectivité dans son ensemble. La question cruciale est de savoir quels facteurs le tribunal de révision doit prendre en compte pour déterminer quelles sont les issues possibles raisonnables. S'agit-il du groupe restreint de facteurs objectifs ayant trait à la consommation que propose Catalyst? Ou s'agit-il plutôt d'un éventail plus large de facteurs sociaux, économiques et politiques, comme le prétend le district de North Cowichan?

[18] La réponse réside dans le fait que *Dunsmuir* reconnaît que le caractère raisonnable de la décision s'apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l'ensemble des

contextual inquiry (*Dunsmuir*, at para. 64). As stated in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59, *per* Binnie J., "[r]easonableness is a single standard that takes its colour from the context." The fundamental question is the scope of decision-making power conferred on the decision-maker by the governing legislation. The scope of a body's decision-making power is determined by the type of case at hand. For this reason, it is useful to look at how courts have approached this type of decision in the past (*Dunsmuir*, at paras. 54 and 57). To put it in terms of this case, we should ask how courts reviewing municipal bylaws pre-*Dunsmuir* have proceeded. This approach does not contradict the fact that the ultimate question is whether the decision falls within a range of reasonable outcomes. It simply recognizes that reasonableness depends on the context.

[19] The case law suggests that review of municipal bylaws must reflect the broad discretion provincial legislators have traditionally accorded to municipalities engaged in delegated legislation. Municipal councillors passing bylaws fulfill a task that affects their community as a whole and is legislative rather than adjudicative in nature. Bylaws are not quasi-judicial decisions. Rather, they involve an array of social, economic, political and other non-legal considerations. "Municipal governments are democratic institutions", *per* LeBel J. for the majority in *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2000 SCC 64, [2000] 2 S.C.R. 919, at para. 33. In this context, reasonableness means courts must respect the responsibility of elected representatives to serve the people who elected them and to whom they are ultimately accountable.

[20] The decided cases support the view of the trial judge that, historically, courts have refused

facteurs pertinents. Il s'agit essentiellement d'une analyse contextuelle (*Dunsmuir*, par. 64). Comme l'a dit le juge Binnie dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59, « [l]a raisonnabilité constitue une norme unique qui s'adapte au contexte. » La question fondamentale est de savoir quelle est la portée du pouvoir décisionnel que la loi a conféré au décideur. La portée du pouvoir décisionnel d'un organisme est déterminée par le type de situation en question. Pour cette raison, il est utile d'examiner comment les tribunaux ont déjà traité de ce type de décisions (*Dunsmuir*, par. 54 et 57). Pour revenir à l'affaire qui nous occupe, nous devons nous demander comment les tribunaux procédaient pour réviser les règlements municipaux avant l'arrêt *Dunsmuir*. Cette approche ne contredit pas le fait qu'en définitive il s'agit de savoir si la décision s'inscrit dans un éventail d'issues raisonnables. Elle reconnaît simplement que la question de savoir si une décision est raisonnable ou non dépend du contexte.

[19] Il ressort de la jurisprudence que la révision des règlements municipaux doit refléter le large pouvoir discrétionnaire que les législateurs provinciaux ont traditionnellement conféré aux municipalités en matière de législation déléguée. Les conseillers municipaux qui adoptent des règlements accomplissent une tâche qui a des répercussions sur l'ensemble de leur collectivité et qui est de nature législative plutôt qu'adjudicative. Les règlements municipaux ne sont pas des décisions quasi judiciaires. Ils font plutôt intervenir toute une gamme de considérations non juridiques, notamment sur les plans social, économique et politique. Comme l'a dit le juge LeBel au nom de la majorité dans *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2000 CSC 64, [2000] 2 R.C.S. 919, par. 33, « [l]es administrations municipales forment des institutions démocratiques. » Dans ce contexte, la norme de la décision raisonnable signifie que les tribunaux doivent respecter le devoir qui incombe aux représentants élus de servir leurs concitoyens, qui les ont élus et devant qui ils sont ultimement responsables.

[20] Les causes déjà jugées appuient le point de vue du juge de première instance selon lequel les

to overturn municipal bylaws unless they were found to be "aberrant", "overwhelming", or if "no reasonable body" could have adopted them (para. 80, *per* Voith J.). See *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (Div. Ct.); *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.); *Lehndorff United Properties (Canada) Ltd. v. Edmonton (City)* (1993), 146 A.R. 37 (Q.B.), aff'd (1994), 157 A.R. 169 (C.A.).

[21] This deferential approach to judicial review of municipal bylaws has been in place for over a century. As Lord Russell C.J. stated in *Kruse v. Johnson*:

> ... courts of justice ought to be slow to condemn as invalid any by-law, so made under such conditions, on the ground of supposed unreasonableness. Notwithstanding what Cockburn C.J. said in *Bailey v. Williamson* [(1873), L.R. 8 Q.B. 118, at p. 124], an analogous case, I do not mean to say that there may not be cases in which it would be the duty of the Court to condemn by-laws, made under such authority as these were made, as invalid because unreasonable. But unreasonable in what sense? If, for instance, they were found to be partial and unequal in their operation as between different classes; if they were manifestly unjust; if they disclosed bad faith; if they involved such oppressive or gratuitous interference with the rights of those subject to them as could find no justification in the minds of reasonable men, the Court might well say, "Parliament never intended to give authority to make such rules; they are unreasonable and ultra vires." But it is in this sense, and in this sense only, as I conceive, that the question of unreasonableness can properly be regarded. A by-law is not unreasonable merely because particular judges may think that it goes further than is prudent or necessary or convenient, or because it is not accompanied by a qualification or an exception which some judges may think ought to be there. [Emphasis added; pp. 99-100.]

These are the general indicators of unreasonableness in the context of municipal bylaws. It must be remembered, though, that what is unreasonable will depend on the applicable legislative framework. For instance, Lord Russell C.J.'s reference to inequality in operation as between different classes is inapt in the context of many modern municipal

tribunaux ont traditionnellement refusé d'invalider des règlements municipaux à moins qu'ils n'aient été jugés [TRADUCTION] « aberrants » ou « choquants », ou si « aucun organisme raisonnable » n'aurait pu les adopter (par. 80, le juge Voith). Voir *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (C. div.); *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.); *Lehndorff United Properties (Canada) Ltd. c. Edmonton (City)* (1993), 146 A.R. 37 (B.R.), conf. par (1994), 157 A.R. 169 (C.A.).

[21] Cette retenue dans la façon d'aborder la révision des règlements municipaux existe depuis plus d'un siècle. Comme l'a affirmé le juge en chef lord Russell dans *Kruse c. Johnson* :

> [TRADUCTION] ... les cours de justice doivent faire preuve de circonspection avant de déclarer invalide un règlement pris dans ces conditions au motif qu'il serait déraisonnable. Malgré ce que le juge en chef Cockburn dit dans une affaire analogue, *Bailey c. Williamson* [(1873), L.R. 8 Q.B. 118, p. 124], je ne veux pas dire qu'il ne peut y avoir de cas où la Cour aurait le devoir d'invalider des règlements, pris en vertu du même pouvoir que ceux-ci l'ont été, en se fondant sur leur caractère déraisonnable. Mais déraisonnable en quel sens? On peut penser, par exemple, à des règlements partiaux et d'application inégale pour des catégories distinctes, à des règlements manifestement injustes, à des règlements empreints de mauvaise foi, à des règlements entraînant une immixtion abusive ou gratuite dans les droits des personnes qui y sont assujetties, au point d'être injustifiables aux yeux d'hommes raisonnables; la Cour pourrait alors dire « le Parlement n'a jamais eu l'intention de donner le pouvoir de faire de telles règles; elles sont déraisonnables et *ultra vires*. » C'est en ce sens et uniquement en ce sens qu'il faut, à mon avis, considérer la question du caractère raisonnable. Un règlement n'est pas déraisonnable simplement parce que certains juges peuvent estimer qu'il va au-delà ce qui est prudent ou nécessaire ou commode, ou parce qu'il n'est pas assorti d'une réserve ou d'une exception qui devrait y figurer de l'avis de certains juges. [Je souligne; p. 99-100.]

Il s'agit là des indicateurs généraux de ce qui est déraisonnable dans le contexte des règlements municipaux. Il faut cependant garder à l'esprit que ce qui est déraisonnable dépendra du cadre législatif applicable. Par exemple, l'application inégale pour des catégories distinctes dont parle le juge en chef lord Russell ne convient guère au

statutes, which contain provisions that expressly allow for such inequality. Subsection 197(3) of the *Community Charter*, S.B.C. 2003, c. 26, which allows municipalities to set different tax rates for different property classes, is such a provision.

[22] Catalyst argues that *Dunsmuir* has changed the law and that the traditional deferential approach to the review of municipal bylaws no longer holds. The bylaw, it argues, must be demonstrably reasonable, having regard to objective criteria relating to taxation. The reasonableness standard in *Dunsmuir*, it says, means that all municipal decisions, including bylaws, must meet the test of demonstrable rationality in terms of process and outcome. It follows, Catalyst argues, that a municipality cannot tax major industrial property owners at a substantially higher rate than residential property owners, in order to avoid hardship to long-term or fixed-income residents in a rising housing market. Rather, the municipality should confine itself to objective factors, such as those set forth in Catalyst's "Municipal Sustainability Model", in fixing the property tax rates of different classes of property owners.

[23] This argument misreads *Dunsmuir*. As discussed above, *Dunsmuir* described reasonableness as a flexible deferential standard that varies with the context and the nature of the impugned administrative act. In doing so, *Dunsmuir* expressly stated that the approaches to review developed in particular contexts in previous cases continue to be relevant (*Dunsmuir*, at paras. 54 and 57). Here the context is the adoption of municipal bylaws. The cases dealing with review of such bylaws relied on by the trial judge and discussed above continue to be relevant and applicable. To put it succinctly, they point the way to what is reasonable in the particular

contexte de plusieurs lois municipales contemporaines, qui contiennent des dispositions permettant expressément une telle inégalité. Le paragraphe 197(3) de la *Community Charter*, S.B.C. 2003, ch. 26, qui permet aux municipalités de fixer des taux d'impôt variant en fonction des catégories d'immeubles, est un exemple d'une telle disposition.

[22] Catalyst soutient que *Dunsmuir* a modifié le droit et que la retenue traditionnelle des tribunaux en ce qui concerne le contrôle des règlements municipaux n'a plus sa place. Selon elle, le caractère raisonnable du règlement doit pouvoir se démontrer au regard de critères objectifs en matière d'impôt foncier. Elle affirme que la norme de la décision raisonnable énoncée dans *Dunsmuir* signifie que toutes les décisions municipales, y compris les règlements, doivent satisfaire au critère de la rationalité démontrable du processus décisionnel et du résultat. Il s'ensuit, selon Catalyst, qu'une municipalité ne peut imposer aux propriétaires d'immeubles de grande industrie des taxes foncières beaucoup plus élevées que celles que payent les propriétaires d'immeubles résidentiels, et ce afin d'éviter de mettre en difficulté les résidents de longue date ou ceux dont le revenu est fixe, dans le contexte d'un marché de l'habitation inflationniste. La municipalité doit plutôt s'en tenir à des facteurs objectifs, tels ceux énoncés dans le modèle de développement durable des municipalités proposé par Catalyst, pour fixer les taux de l'impôt foncier que payent diverses catégories de propriétaires d'immeubles.

[23] Il s'agit là d'une lecture erronée de *Dunsmuir*. Comme je l'ai déjà mentionné, *Dunsmuir* affirme que la norme de la décision raisonnable est une norme de déférence souple qui varie selon le contexte et la nature de la mesure administrative contestée. Ainsi, *Dunsmuir* déclare expressément que les approches de révision judiciaire élaborées précédemment par les tribunaux dans des contextes particuliers demeurent pertinentes (*Dunsmuir*, par. 54 et 57). En l'espèce, le contexte est celui de l'adoption de règlements municipaux. Les causes relatives à la révision de tels règlements que le juge de première instance a invoquées et qui ont

context of bylaws passed by democratically elected municipal councils.

[24] It is thus clear that courts reviewing bylaws for reasonableness must approach the task against the backdrop of the wide variety of factors that elected municipal councillors may legitimately consider in enacting bylaws. The applicable test is this: only if the bylaw is one no reasonable body informed by these factors could have taken will the bylaw be set aside. The fact that wide deference is owed to municipal councils does not mean that they have *carte blanche*.

[25] Reasonableness limits municipal councils in the sense that the substance of their bylaws must conform to the rationale of the statutory regime set up by the legislature. The range of reasonable outcomes is thus circumscribed by the purview of the legislative scheme that empowers a municipality to pass a bylaw.

[26] Here the relevant legislation is the *Community Charter*. Section 197 gives municipalities a broad and virtually unfettered legislative discretion to establish property tax rates in respect of each of the property classes in the municipality, unless limited by regulation. The intended breadth of the legislative discretion under the current legislative scheme is highlighted by the fact that the government of British Columbia ceased to impose regulatory limits on the ratios between tax rates in 1985. Section 199(b) of the *Community Charter* allows the Lieutenant Governor in Council to make regulations on the relationships between Class 1 and Class 4 tax rates, and no regulation of this sort has been reintroduced since the repeal of the 1984 regulation, which prescribed a 1 to 3.4 ratio between residential and major industry tax rates (B.C. Reg. 63/84, adopted pursuant to s. 14.1(3)(b) of the *Municipal Finance Authority Act*, R.S.B.C. 1979, c. 292, the predecessor of s. 199(b)

été analysées ci-dessus restent donc pertinentes et applicables. Bref, ces causes indiquent ce qui est raisonnable dans le contexte particulier de règlements adoptés par des conseils municipaux élus démocratiquement.

[24] Il est donc clair que les tribunaux appelés à réviser le caractère raisonnable de règlements municipaux doivent le faire au regard de la grande variété de facteurs dont les conseillers municipaux élus peuvent légitimement tenir compte lorsqu'ils adoptent des règlements. Le critère applicable est le suivant : le règlement ne sera annulé que s'il s'agit d'un règlement qui n'aurait pu être adopté par un organisme raisonnable tenant compte de ces facteurs. Le fait qu'il faille faire preuve d'une grande retenue envers les conseils municipaux ne signifie pas qu'ils ont carte blanche.

[25] La norme de la décision raisonnable restreint les conseils municipaux en ce sens que la teneur de leurs règlements doit être conforme à la raison d'être du régime mis sur pied par la législature. L'éventail des issues raisonnables est donc circonscrit par la portée du schème législatif qui confère à la municipalité le pouvoir de prendre des règlements.

[26] La loi applicable en l'espèce est la *Community Charter*. Son article 197 confère aux municipalités un pouvoir discrétionnaire large et quasi illimité de fixer les taux de l'impôt foncier à payer au titre de chacune des catégories d'immeubles se trouvant sur son territoire, sous réserve des limites prescrites par règlement. La portée de ce pouvoir que le régime législatif actuellement en vigueur confère aux municipalités ressort du fait que le gouvernement de la Colombie-Britannique a cessé, en 1985, d'imposer des limites réglementaires aux rapports permis entre les taux d'imposition. L'alinéa 199b) de la *Community Charter* donne au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements sur le rapport entre le taux d'imposition des immeubles de catégorie 1 et celui des immeubles de catégorie 4, et aucun règlement de ce genre n'a été pris depuis l'abrogation du règlement de 1984, qui prévoyait un rapport de 1:3,4 entre le taux d'impôt foncier sur les immeubles

of the *Community Charter*). Special provisions of the *Community Charter* relating to parcel taxation, local area services, business improvement areas, or property value tax exemptions address particular concerns and do not detract from the broad power of British Columbia municipalities to vary rates between different classes of property.

[27] Nor does the *Community Charter* support the contention that property value taxes ought to be limited by the level of service consumed. Section 197 authorizes the imposition of a tax, not a fee. The distinguishing feature between the two is that a tax need bear no relationship to the costs of the service being provided, while the opposite is true for a fee. The ratio of service consumption to the different property classes will differ depending on the service. In light of this, a requirement that municipalities impose property value taxes having in mind the level of services consumed would prevent municipalities from ever exercising their authority under s. 197(3)(b).

[28] Another set of limitations on municipalities passing bylaws flows from the need for reasonable processes. In determining whether a particular bylaw falls within the scope of the legislative scheme, factors such as failure to adhere to required processes and improper motives are relevant. Municipal councils must adhere to appropriate processes and cannot act for improper purposes. As Gonthier J. stated for the Court in *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, "[a] municipal act committed for unreasonable or reprehensible purposes, or purposes not covered by legislation, is void" (p. 349).

[29] It is important to remember that requirements of process, like the range of reasonable outcomes, vary with the context and nature of the

résidentiels et celui applicable aux immeubles de grande industrie (B.C. Reg. 63/84, adopté en vertu de l'al. 14.1(3)b) de la *Municipal Finance Authority Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 292, la disposition qui a précédé l'al. 199b) de la *Community Charter*). Des dispositions spéciales de la *Community Charter* en matière d'imposition de biens-fonds, de services locaux, de zones d'amélioration commerciale ou d'exemptions fiscales en fonction de la valeur des immeubles répondent à des besoins particuliers et n'enlèvent rien au large pouvoir des municipalités de la Colombie-Britannique de modifier le rapport entre les taux applicables à diverses catégories d'immeubles.

[27] La *Community Charter* ne permet pas non plus d'affirmer que les taxes foncières à payer devraient être proportionnelles au niveau de consommation des services. L'article 197 autorise l'imposition d'un impôt, et non de frais. Or, ce qui distingue l'impôt des frais, c'est que l'impôt n'a pas à correspondre au coût du service fourni. Le rapport entre le niveau de consommation des services et les diverses catégories d'immeubles dépendra des services en question. Cela signifie que si les municipalités devaient imposer des taxes foncières en fonction du niveau de consommation des services, elles ne pourraient jamais exercer le pouvoir que leur confère l'al. 197(3)b).

[28] La nécessité de suivre des processus raisonnables impose d'autres limites aux municipalités en matière d'adoption de règlements. Pour établir si un règlement relève de la portée du régime législatif, il faut tenir compte de facteurs tels l'omission de suivre les processus établis et la poursuite de fins illégitimes. Les conseils municipaux doivent adopter des processus convenables et ils ne peuvent agir à des fins illégitimes. Comme l'a affirmé le juge Gonthier au nom de la Cour dans *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, « [u]n acte municipal posé à des fins déraisonnables ou condamnables ou à des fins non prévues par la loi est nul » (p. 349).

[29] Il importe de se rappeler que, tout comme l'éventail des issues raisonnables, le processus à suivre varie selon le contexte et la nature du

decision-making process at issue. Formal reasons may be required for decisions that involve quasi-judicial adjudication by a municipality. But that does not apply to the process of passing municipal bylaws. To demand that councillors who have just emerged from a heated debate on the merits of a bylaw get together to produce a coherent set of reasons is to misconceive the nature of the democratic process that prevails in the council chamber. The reasons for a municipal bylaw are traditionally deduced from the debate, deliberations and the statements of policy that give rise to the bylaw.

[30] Nor, contrary to Catalyst's contention, is the municipality required to formally explain the basis of a bylaw. As discussed above, municipal councils have extensive latitude in what factors they may consider in passing a bylaw. They may consider objective factors directly relating to consumption of services. But they may also consider broader social, economic and political factors that are relevant to the electorate.

[31] This is not to say that it is wrong for municipal councils to explain the rationale behind their bylaws. Typically, as in this case, modern municipal councils provide information in the form of long-term plans. Nor is it to say that municipalities performing decisional or adjudicative functions are exempt from giving reasons as discussed above.

B. *Application: Is the Bylaw Unreasonable?*

[32] To summarize, the ultimate question is whether the taxation bylaw falls within a reasonable range of outcomes. This must be judged on the approach the courts have traditionally adopted in reviewing bylaws passed by municipal councils. Municipal councils passing bylaws are entitled to consider not merely the objective considerations bearing directly on the matter, but broader social,

processus décisionnel en cause. La municipalité qui rend une décision dans l'exercice de ses fonctions quasi judiciaires doit parfois motiver sa décision par écrit. Mais cela ne s'applique pas au processus d'adoption des règlements municipaux. C'est se méprendre sur la nature du processus démocratique qui s'opère dans la salle du conseil municipal que d'exiger de conseillers municipaux sortant d'un vif débat sur le bien-fondé d'un règlement qu'ils produisent ensemble des motifs cohérents. Les motifs qui sous-tendent un règlement municipal se dégagent habituellement du débat, des délibérations et des énoncés de politique d'où il prend sa source.

[30] Contrairement à ce que prétend Catalyst, les municipalités n'ont pas non plus à justifier formellement leurs règlements. Rappelons que les conseils municipaux disposent d'une grande latitude quant aux facteurs à prendre en compte dans l'adoption de leurs règlements. En effet, ils peuvent prendre en considération non seulement des facteurs objectifs directement liés à la consommation de services, mais aussi des facteurs plus généraux d'ordre social, économique et politique qui touchent l'électorat.

[31] Il ne faut pas en conclure pour autant que les conseils municipaux ont tort d'expliquer la raison d'être de leurs règlements. En général, de nos jours, les conseils municipaux fournissent des renseignements sous la forme de plans à long terme, comme cela a été fait en l'espèce. Il ne faut pas non plus en conclure que les municipalités sont dispensées de l'obligation de fournir des motifs dans l'exercice de leurs fonctions décisionnelles ou adjudicatives, comme je l'ai déjà expliqué.

B. *Application : Le règlement est-il déraisonnable?*

[32] En résumé, il faut déterminer en définitive si le règlement contesté s'inscrit dans un éventail raisonnable d'issues possibles en suivant l'approche que les tribunaux ont adoptée au fil des ans en matière de révision des règlements adoptés par des conseils municipaux. Les conseils municipaux ne sont pas tenus, dans le cadre du processus d'adoption de règlements, de s'en remettre aux

economic and political issues. In judging the reasonableness of a bylaw, it is appropriate to consider both process and the content of the bylaw.

[33] I turn first to process. Catalyst does not allege that the voting procedures of the District were incorrect; nor does it allege bad faith. Its contention is rather that the District's process is flawed because it provided neither formal reasons for the bylaw, nor a rational basis (viewed in terms of Catalyst's "Consumption of Services Model") for its decision. This contention cannot succeed. As discussed above, municipal councils are not required to give formal reasons or lay out a rational basis for bylaws. In any event, as the trial judge found, the reasons for the bylaw at issue here were clear to everyone. The District's policy had been laid out in a five-year plan. Discussions and correspondence between the District and Catalyst left little doubt as to the reasons for the bylaw. The trial judge found that the District Council considered and weighed all relevant factors in making its decision. If Catalyst has a complaint, it is not with the procedures followed, but with the substance of the bylaw.

[34] This brings us to the content of the bylaw at issue. There can be no doubt that the impact of the bylaw on Catalyst is harsh. The ratio between major industrial rates and residential rates imposed is among the highest in British Columbia (only two municipalities exceed it) and far outside the pre-1985 norm. In Catalyst's present economic situation, the consequences are serious — indeed, Catalyst suggests that the industrial rate threatens the continued operation of its mill in the District.

seules considérations objectives ayant une incidence directe sur l'affaire; ils peuvent aussi prendre en compte des enjeux plus généraux d'ordre social, économique et politique. Pour apprécier le caractère raisonnable d'un règlement, il convient donc d'examiner le processus qui a mené à son adoption ainsi que sa teneur.

[33] Je me pencherai d'abord sur le processus. Catalyst ne prétend pas que la procédure de scrutin du district était incorrecte, et elle n'invoque pas non plus la mauvaise foi. Elle prétend plutôt que le processus suivi par le district est vicié parce que ce dernier n'a ni motivé par écrit le règlement, ni fourni de fondement logique (considéré sous l'angle du modèle basé sur la consommation de services élaboré par Catalyst) à sa décision. Cette prétention ne saurait être retenue. Comme je l'ai déjà mentionné, les conseils municipaux ne sont pas tenus de motiver par écrit leurs règlements ou d'en fournir un fondement logique. Quoi qu'il en soit, comme l'a conclu le juge de première instance, les motifs qui sous-tendaient le règlement contesté étaient clairs pour tous. Le district avait exposé sa politique dans un plan quinquennal. Les pourparlers et la correspondance entre le district et Catalyst ne laissaient guère de doute quant à ces motifs. Selon le juge de première instance, le conseil du district a examiné et soupesé tous les facteurs pertinents au moment de prendre sa décision. Si Catalyst a des reproches à faire, c'est au sujet de la teneur du règlement, et non des procédures qui ont mené à son adoption.

[34] Cela nous amène au contenu du règlement contesté. Il ne fait aucun doute que le règlement porte un dur coup à Catalyst. Le rapport entre les taux de l'impôt foncier à payer au district sur les immeubles de grande industrie, d'une part, et les immeubles résidentiels, d'autre part, compte parmi les plus élevés en Colombie-Britannique (ce rapport est plus grand seulement dans deux municipalités) et dépasse considérablement la norme en vigueur avant 1985. Vu la situation financière dans laquelle se trouve Catalyst, les conséquences sont graves, cette dernière affirmant que le taux de l'impôt foncier à payer sur les immeubles de grande industrie menace l'exploitation même de sa papeterie située dans le district.

[35] However, countervailing considerations exist — considerations that the District Council was entitled to take into account. The Council was entitled to consider the impact on long-term fixed-income residents that a precipitous hike in residential property taxes might produce. The Council has decided to reject a dramatic increase and gradually work toward greater equalization of tax rates between Class 4 major industrial property owners and Class 1 residential property owners. Acknowledging that the rates from Class 4 are higher than they should be, the Council is working over a period of years toward the goal of more equitable sharing of the tax burden. Its approach complies with the *Community Charter*, which permits municipalities to apply different tax rates to different classes of property. Specifically, nothing in the *Community Charter* requires the District to apply anything like Catalyst's "Consumption of Services Model". Indeed, the compelling submission made by Mr. Manhas, counsel for the respondent, was that it would be "statutorily *ultra vires* for [the municipality] to impose property value taxes on the basis of consumption alone under section 197(3)(b)" (transcript, at p. 54). The bylaw favours residential property owners, to be sure. But it is not unreasonably partial to them.

[36] Taking all these factors into account, the trial court, affirmed by the Court of Appeal, concluded that the bylaw fell within a reasonable range of outcomes. I agree. The adoption of the *Tax Rates Bylaw, 2009*, Bylaw No. 3385, does not constitute a decision that no reasonable elected municipal council could have made.

[37] I would dismiss the appeal with costs.

[35] Toutefois, le conseil du district était en droit de prendre en compte certaines considérations faisant contrepoids à ces arguments. Par exemple, il pouvait prendre en considération l'incidence qu'une hausse soudaine de l'impôt foncier sur les immeubles résidentiels était susceptible d'avoir sur les résidents de longue date dont le revenu était fixe. Le conseil a décidé de rejeter une hausse draconienne, optant plutôt pour une réduction graduelle de l'écart entre les taux de l'impôt foncier que doivent payer les propriétaires d'immeubles de grande industrie de catégorie 4, d'une part, et les propriétaires d'immeubles résidentiels de catégorie 1, d'autre part. Reconnaissant que le taux de l'impôt foncier à payer sur les immeubles de catégorie 4 est trop élevé, le conseil s'est donné pour objectif de répartir plus équitablement le fardeau fiscal au cours des prochaines années. Son plan respecte la *Community Charter*, qui autorise les municipalités à imposer un taux d'impôt foncier propre à chaque catégorie d'immeubles. Plus précisément, la *Community Charter* n'oblige aucunement le district à suivre un quelconque modèle s'apparentant au modèle basé sur la consommation de services que propose Catalyst. En effet, M. Manhas a fait valoir de façon convaincante que [TRADUCTION] « l'imposition [par la municipalité], en vertu de l'alinéa 197(3)b), de taxes foncières sur la seule base de la consommation de ses services serait *ultra vires* » (transcription, p. 54). Le règlement favorise certes les propriétaires d'immeubles résidentiels, mais il n'est pas déraisonnablement partial envers eux.

[36] Tenant compte de tous ces éléments, la cour de première instance est parvenue à la conclusion que le règlement s'inscrivait dans un éventail raisonnable d'issues possibles, conclusion que la Cour d'appel a confirmée. Je suis du même avis. L'adoption du règlement n$^{o}$ 3385 en matière de taxation, le *Tax Rates Bylaw, 2009*, ne constitue pas une décision qu'aucun conseil municipal élu raisonnable n'aurait pu prendre.

[37] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Young, Anderson, Vancouver.*

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée : Young, Anderson, Vancouver.*

**Merck Frosst Canada Ltd.** *Appellant*

*v.*

**Minister of Health** *Respondent*

and

**BIOTECanada** *Intervener*

**INDEXED AS: MERCK FROSST CANADA LTD. *v.* CANADA (HEALTH)**

**2012 SCC 3**

File Nos.: 33290, 33320.

2010: November 12; 2012: February 3.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Access to information — Third party information — Exemptions — Notice requirements — Severance — Access to information requests filed with Health Canada relating to third party pharmaceutical company's new drug submissions — Whether government institution fulfilled obligations to review records before providing notice of intention to disclose third party's information and in severing non-exempt information — Whether statutory notice requirements triggered — Whether third party information falling within Act's exemptions — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 20(1), 25, 27, 28.*

*Access to information — Appeals — Standard of appellate review — Evidence — Access to information requests filed with Health Canada relating to third party pharmaceutical company's new drug submissions — Whether deference owed to reviewing judge's findings that exemptions from disclosure applied to third party information — Whether pharmaceutical company provided sufficient direct and objective evidence*

**Merck Frosst Canada Ltée** *Appelante*

*c.*

**Ministre de la Santé** *Intimé*

et

**BIOTECanada** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : MERCK FROSST CANADA LTÉE *c.* CANADA (SANTÉ)**

**2012 CSC 3**

N[os] du greffe : 33290, 33320.

2010 : 12 novembre; 2012 : 3 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Accès à l'information — Renseignements concernant un tiers — Exceptions — Obligations en matière d'avis — Prélèvement de renseignements — Demandes d'accès à l'information déposées auprès de Santé Canada visant des présentations de drogue nouvelle d'un tiers, une société pharmaceutique — L'institution fédérale a-t-elle rempli ses obligations d'examiner les documents avant de donner au tiers un avis de son intention de divulguer certains de ses renseignements et de prélever les renseignements non soustraits à la divulgation? — Les exigences légales en matière d'avis ont-elles pris naissance? — Les renseignements du tiers étaient-ils visés par l'une ou l'autre des exceptions prévues par la Loi? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 20(1), 25, 27, 28.*

*Accès à l'information — Appels — Norme de contrôle en appel — Preuve — Demandes d'accès à l'information déposées auprès de Santé Canada visant des présentations de drogue nouvelle d'un tiers, une société pharmaceutique — Faut-il faire preuve de déférence envers les conclusions du juge siégeant en révision que les exceptions à la divulgation s'appliquent aux renseignements du tiers? — La société pharmaceutique a-t-elle*

*information falling within exemptions — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 20(1), 44.*

Health Canada received access to information requests relating to two new drug submissions made to it by M, a pharmaceutical company and third party to the requests. A series of disputes arose between the parties about what information had to be disclosed and what was exempt from disclosure under the *Access to Information Act* ("Act"). In particular, Health Canada identified several hundred pages in response to each request. It reviewed those pages, concluded some contained information that could not be disclosed under the exemptions found in s. 20(1) of the Act, and redacted those pages in part. It also concluded a number of pages did not contain any exempted information and disclosed those pages without notifying or consulting M. Enclosing hundreds of the still undisclosed pages, Health Canada then notified M of the access to information requests and of its intention to disclose the enclosed pages, asking M to explain which portions of the remaining pages M considered confidential under s. 20(1), and why. Following a number of exchanges, Health Canada agreed to further redactions but rejected the balance of M's objections. M filed for judicial review of Health Canada's decisions under s. 44.

The Federal Court found that disclosure by Health Canada without prior notice to M contravened s. 20(1) of the Act and held that over 200 pages were exempted from disclosure, while the remaining pages could be disclosed. The reviewing judge also held that it would be extremely difficult to sever and disclose non-exempt information pursuant to s. 25. The Federal Court of Appeal allowed Health Canada's appeals, ordering that all the remaining pages at issue should be disclosed.

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

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Charron and Cromwell JJ.: The decision of the judge conducting

*présenté une preuve directe et objective suffisante pour établir que les renseignements étaient visés par l'une ou l'autre des exceptions? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 20(1), 44.*

Santé Canada a reçu des demandes d'accès à l'information visant deux présentations de drogue nouvelle déposées par M, une société pharmaceutique qui était un tiers en ce qui concerne les demandes. Une série de différends sont survenus entre les parties quant à savoir quels renseignements devaient être divulgués et quels renseignements étaient soustraits à la divulgation en application de la *Loi sur l'accès à l'information* (« Loi »). En particulier, Santé Canada a identifié plusieurs centaines de pages répondant à l'une et l'autre des demandes. Il a examiné ces pages, conclu que certaines d'entre elles contenaient des renseignements qui ne pouvaient être divulgués en raison des exceptions prévues au par. 20(1) de la Loi, et expurgé ces pages en partie. Il a aussi conclu qu'un certain nombre de pages ne contenaient aucun renseignement soustrait à la divulgation et les a communiquées au demandeur sans donner de préavis à M et sans la consulter. Santé Canada a ensuite envoyé à M un avis, auquel il a joint les centaines de pages qui n'avaient pas été communiquées, pour l'informer des demandes d'accès à l'information et de son intention de communiquer ces pages, et l'inviter à lui indiquer les parties du reste du dossier qu'elle considérait comme confidentielles en application du par. 20(1) et lui expliquer pourquoi il en était ainsi selon elle. Après un certain nombre d'échanges, Santé Canada a accepté de retrancher des détails supplémentaires, mais a rejeté les autres objections de M. M a déposé une demande de contrôle judiciaire des décisions de Santé Canada en vertu de l'art. 44.

La Cour fédérale a conclu que la divulgation de renseignements par Santé Canada sans donner de préavis à M contrevenait au par. 20(1) de la Loi et que plus de 200 pages étaient soustraites à la communication, mais que les autres pages pouvaient être communiquées. Le juge siégeant en révision a également conclu qu'il serait extrêmement difficile de prélever et divulguer les renseignements non soustraits à la divulgation, en application de l'art. 25. La Cour d'appel fédérale a accueilli les appels de Santé Canada, ordonnant la communication de l'ensemble des pages toujours en litige.

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

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Charron et Cromwell : La décision du juge

a review under the Act, which will often have a significant factual component, is subject to appellate review in accordance with the well-established principles set out by this Court. The Federal Court of Appeal correctly set out and applied the applicable standard of review. The reviewing judge did not make requisite findings of fact and failed either to state the applicable legal principles or to explain how the legal principles applied to the facts before him or, in some cases, both. The Court of Appeal was therefore entitled to intervene and to carry out its own assessment of whether the reviewing judge had correctly applied the Act's exemptions to the records. There is nonetheless some merit to M's complaints. The Act must be interpreted and applied so that it strikes the balance Parliament intended between broad rights of access and protection of third party information. Both the Act and the considerations identified by the reviewing judge and by M support a fairly low threshold to trigger the obligation to give notice under s. 27(1). Observing a low threshold for third party notice ensures procedural fairness and reduces the risk that exempted information may be disclosed by mistake. Disclosure without notice is only justified in clear cases where the government institutional head, reviewing all the relevant evidence, concludes that there is no reason to believe that the record might contain exempted material. A head should refuse to disclose without notice where there is no reason to believe that the information is subject to disclosure. M's submission, that there is an automatic right to notice with respect to certain categories of records is not, however, supported by the grammatical and ordinary meaning of s. 27(1), or by the jurisprudence which makes plain that notice is required only if certain conditions are met in the particular circumstances. The institutional head must give notice if he or she is in doubt about whether the information is exempt; intends to disclose exempted material to serve the public interest pursuant to s. 20(6); or intends to disclose third party information by severing the non-exempt information and disclosing only that as required by s. 25. In giving notice, the institutional head cannot simply shift the responsibility to review the records onto the third party. Institutions must make a serious attempt to apply the exemptions by reviewing each individual record to determine which portions, if any, may be exempted. The same principle applies to the severance of material under s. 25. It is also prudent and in accordance with common sense for a third party, who is generally in a better position than the head of the institution to identify information that falls within one of the s. 20(1) exemptions, to be as helpful as it can be in identifying

qui, en application de la Loi, procède à un examen, qui aura souvent un volet factuel important, peut faire l'objet d'une révision en appel conformément aux principes bien établis que la Cour a déjà exposés. La Cour d'appel fédérale a expliqué et appliqué correctement la norme de contrôle applicable. Le juge siégeant en révision n'a pas tiré les conclusions de fait nécessaires et il a omis soit d'énoncer les principes juridiques applicables, soit d'expliquer comment les principes juridiques s'appliquaient aux faits de l'espèce; dans certains cas, il n'a fait ni l'un ni l'autre. La Cour d'appel fédérale pouvait donc intervenir et faire sa propre appréciation de la question de savoir si le juge siégeant en révision avait correctement appliqué aux documents les exceptions prévues par la Loi. Les plaintes de M sont néanmoins fondées en partie. Il faut interpréter et appliquer la Loi de manière à établir l'équilibre recherché par le législateur entre les droits généraux en matière d'accès à l'information et la protection des renseignements de tiers. Il ressort de la Loi et des considérations décrites par le juge siégeant en révision et par M que le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation de préavis prévue au par. 27(1) est assez peu élevé. L'application d'un critère peu exigeant en matière de préavis au tiers garantit l'équité procédurale et réduit le risque que des renseignements ne pouvant être divulgués le soient par erreur. La divulgation de renseignements sans préavis n'est justifiée que dans les cas manifestes, si le responsable de l'institution, après avoir analysé toute la preuve pertinente, estime qu'il n'y a aucune raison de croire que le document est susceptible de contenir des renseignements soustraits à la divulgation. Le responsable doit refuser de divulguer des renseignements sans préavis s'il n'existe aucune raison de croire qu'ils peuvent être divulgués. L'argument de M qu'il existe un droit automatique au préavis dans le cas de certains types de documents n'est cependant pas étayé par le sens ordinaire et grammatical des termes utilisés au par. 27(1) ou par la jurisprudence, d'où il ressort clairement que le préavis ne s'impose que si certaines conditions sont réunies dans les circonstances particulières en cause. Le responsable de l'institution doit donner un préavis s'il ne sait pas avec certitude si les renseignements sont soustraits à la divulgation, s'il a l'intention de divulguer, pour des raisons d'intérêt public en vertu du par. 20(6), des renseignements soustraits à la divulgation, ou s'il a l'intention de communiquer un document qui contient des renseignements de tiers en en prélevant les renseignements qui ne sont pas protégés et ne divulguant que ceux-ci, comme l'exige l'art. 25. Lorsqu'il donne l'avis au tiers, le responsable de l'institution ne peut simplement lui transférer

precisely why disclosure is not permitted. In these appeals, it is of limited use to decide if the notice provisions and the appropriate level of review by the institutional head were correctly applied throughout. It may be observed, however, that both M and Health Canada at times took rather extreme positions that were not in accordance with the purpose, letter or spirit of the Act.

The party seeking judicial review bears the burden of demonstrating that the statutory exemptions apply on a balance of probabilities. In relation to the exemptions themselves, M has not shown that any of the pages in issue, as redacted by Health Canada, contain any information exempted under s. 20(1)(*a*), (*b*) or (*c*). First, a "trade secret" for the purposes of s. 20(1)(*a*) should be understood as a plan or process, tool, mechanism or compound, which possesses the following characteristics: the information must be secret in an absolute or relative sense (is known only by one or a relatively small number of persons); the possessor of the information must demonstrate he or she has acted with the intention to treat the information as secret; the information must be capable of industrial or commercial application; and the possessor must have an interest (e.g. an economic interest) worthy of legal protection. This approach is consistent with the common law definition and takes account of the legislative intent that a trade secret is something different from the broader category of confidential commercial information protected under s. 20(1)(*b*). While the Court of Appeal correctly defined "trade secrets", it erred in law by insisting the term should be interpreted restrictively and that there was a high threshold for invoking the exemption. The applicable standard of proof is still the civil standard of the balance of probabilities. However, this error did not result in the Court of Appeal reaching the wrong conclusion about how s. 20(1)(*a*) applies here. It did not err in finding that M's evidence was not responsive to the documents as redacted by Health Canada. The reviewing judge's failure to refer to the applicable legal test or

la responsabilité d'examiner les documents. Les institutions doivent véritablement se demander si l'une ou l'autre des exceptions s'applique en examinant chaque document afin de déterminer quelles parties peuvent, le cas échéant, faire l'objet d'une exception. Le même principe s'applique au prélèvement de renseignements en application de l'art. 25. Du point de vue du tiers, qui, de façon générale, est mieux placé que le responsable de l'institution pour relever les renseignements visés par l'une ou l'autre des exceptions prévues au par. 20(1), il est également prudent et conforme au bon sens d'aider le plus possible ce dernier à déterminer précisément pourquoi la divulgation des renseignements en cause n'est pas autorisée. Pour les fins des présents pourvois, il ne sert pas à grand-chose de déterminer si les dispositions en matière de préavis et le degré convenable d'examen ont été correctement appliqués par le responsable de l'institution du début à la fin. Toutefois, il peut être utile de mentionner que M et Santé Canada ont parfois adopté des positions plutôt extrêmes qui ne s'accordaient pas avec l'objet, la lettre ou l'esprit de la Loi.

Il incombe à la partie qui sollicite le contrôle judiciaire le fardeau d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que les exceptions prévues par la loi s'appliquent. En ce qui concerne les exceptions elles-mêmes, M n'a pas établi que l'une ou l'autre des pages en litige, sous leur forme expurgée par Santé Canada, contient un quelconque renseignement soustrait à la divulgation en application des al. 20(1)*a*), *b*) ou *c*). Premièrement, le « secret industriel » doit s'entendre, pour les fins de l'al. 20(1)*a*), d'un plan ou procédé, d'un outil, d'un mécanisme ou d'un composé qui possède les caractéristiques suivantes : l'information doit être secrète dans un sens absolu ou relatif (elle est connue seulement d'une ou de quelques personnes); le détenteur de l'information doit démontrer qu'il a agi avec l'intention de traiter l'information comme si elle était secrète; l'information doit avoir une application pratique dans le secteur industriel ou commercial; et le détenteur doit avoir un intérêt (p. ex., un intérêt économique) digne d'être protégé par la loi. Cette approche est conforme à la définition du secret industriel en common law et elle tient compte du fait que le législateur a voulu que le secret industriel soit distinct de la catégorie plus large des renseignements commerciaux de nature confidentielle protégés par l'al. 20(1)*b*). Bien qu'elle ait correctement défini les « secrets industriels », la Cour d'appel fédérale a commis une erreur de droit en insistant pour dire que ce terme devait être interprété de façon restrictive et que le seuil pour invoquer cette exception était élevé. La norme de preuve qu'il convient d'appliquer est toujours la norme de preuve en matière civile, à savoir la prépondérance des probabilités. Toutefois, cette erreur n'a pas amené la Cour d'appel fédérale à tirer la mauvaise

the relevant evidence constituted a material error justifying appellate intervention.

Second, M's submission that the Court of Appeal erred in finding that it had not discharged its burden of proof, and that the documents, as redacted, continued to contain confidential information, must fail. In order to qualify for the s. 20(1)(*b*) "confidential information" exemption, the information must be financial, commercial, scientific or technical information; confidential and consistently treated in a confidential manner by the third party; and supplied to a government institution by a third party. Government reviewers' notes may fall under the exemption to the extent that they contain information communicated to them by a third party. While the Court of Appeal once again applied an unduly onerous standard of proof, finding that the third party opposing disclosure has a heavy burden to establish the exemption, the result did not turn on its description of the standard of proof. Rather, the court's decision rested on the findings that Health Canada conceded that extensive redaction was necessary and that there was no direct and objective evidence from M to show that the remaining information was confidential. Both of these conclusions focussed on the primarily factual question of whether the substance of the information was publicly available. M's submissions, including references to the evidence, are of no assistance in explaining how what is left on the often heavily redacted pages is confidential in the face of Health Canada's evidence that the unredacted material is in the public domain and therefore not confidential. As for the formatting and structure of the new drug submissions, they do not qualify for exemption as confidential information in this case. Generally, as here, the choice about how information is presented or the precise organization and ordering of sections of a document are the subject of publicly available guidelines, although the nature of the information and evidence in the particular case must be considered in deciding whether or not the exemption applies. M's argument that the very fact it listed particular articles and studies otherwise available in the public domain in its new drug submissions is confidential information, because it would be understood by competitors that M had relied on those studies, must also fail. The record shows that M itself proposed that copies of all published articles referred to in the submissions should be provided to the requester. In addition, the fact that M had referred to many studies was

conclusion sur la façon dont il convient d'appliquer l'al. 20(1)*a*) en l'espèce. Elle n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il n'y avait pas de lien entre la preuve de M et les documents sous leur forme expurgée par Santé Canada. L'omission du juge siégeant en révision de faire référence au critère juridique applicable ou à la preuve pertinente constituait une erreur matérielle qui justifiait l'intervention en appel.

Deuxièmement, l'argument de M que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en concluant qu'elle ne s'était pas acquittée de son fardeau de prouver que les documents, sous leur forme expurgée, contenaient toujours des renseignements de nature confidentielle n'est pas fondé. Pour être visés par l'exception prévue à l'al. 20(1)*b*), qui porte sur les renseignements « de nature confidentielle », les renseignements doivent être financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques, de nature confidentielle, traités comme tels de façon constante par le tiers, et fournis à une institution fédérale par un tiers. Les notes des examinateurs de l'institution peuvent être visées par l'exception dans la mesure où elles contiennent des renseignements qui leur ont été fournis par un tiers. Bien que la Cour d'appel fédérale ait encore une fois appliqué une norme de preuve trop exigeante, déclarant que le fardeau dont le tiers qui s'oppose à la divulgation doit s'acquitter pour que l'exception s'applique est lourd, la conclusion qu'elle a tirée n'était pas tributaire de sa description de la norme de preuve. La décision de la cour reposait plutôt sur les conclusions que Santé Canada en est venu à reconnaître la nécessité de faire d'importantes expurgations et que M n'a soumis aucune preuve directe et objective établissant que les renseignements figurant toujours dans les dossiers étaient de nature confidentielle. Ces deux conclusions étaient axées sur la question de savoir si le contenu des renseignements était accessible au public, ce qui constitue principalement une question de fait. Les observations de M, notamment ses références à la preuve, ne sont d'aucune utilité pour expliquer en quoi le contenu des pages expurgées — dont plusieurs l'ont été de façon importante — est confidentiel compte tenu de la preuve de Santé Canada que les renseignements non retranchés font partie du domaine public et, par conséquent, ne sont pas de nature confidentielle. En ce qui concerne la mise en forme et la structure des présentations de drogue nouvelle, celles-ci ne sont pas visées par l'exception en matière de renseignements confidentiels. En général, comme c'est le cas en l'espèce, la façon de présenter les renseignements ou la structure et l'ordonnancement précis des parties d'un document doivent être conformes à des lignes directrices accessibles au public, bien qu'il faille tenir compte de la nature des renseignements et de la preuve au dossier pour déterminer si l'exception s'applique ou non. Il faut également rejeter l'argument de M selon lequel le fait même qu'elle

already in the public domain as a result of the publication of the Product Monograph (a scientific document which contains the information for safe and effective use of the drug) and other documents. While the possibility of establishing a claim of this nature in cases where the evidence supports it cannot be foreclosed, the evidence does not support it here.

Third, the exemption in s. 20(1)(*c*) applies if disclosure could reasonably be expected to harm the third party. The test to establish the degree of likelihood that harm will result from disclosure is "a reasonable expectation of probable harm". This long-accepted formulation is intended to capture that, while the third party need not show on a balance of probabilities that the harm will in fact come to pass if the records are disclosed, the third party must nonetheless do more than show that such harm is simply possible. The important objective of access to information would be thwarted by a mere possibility of harm standard. Exemption from disclosure should not be granted on the basis of fear of harm that is fanciful, imaginary or contrived. There is no reason to reformulate the test. As to whether it is possible that disclosing information already in the public domain can cause harm, publicly available information is generally not exempt information under the harm test. It may, however, be possible in some cases to show that the way in which publicly available information has been compiled for a particular purpose is not, itself, publicly known, giving rise to the risk of harm by disclosure. Information, not already public, that is shown to give competitors a head start in developing competing products, or to give them a competitive advantage in future transactions may, in principle, meet the requirements of s. 20(1)(*c*). The evidence must convince the reviewing court that there is a direct link between the disclosure and the apprehended harm and that the harm could reasonably be expected to ensue from disclosure. Disclosure of information such as dates, numbering and location of information within a new drug submission or the manner of its presentation, as well as lists of studies or acknowledgement that certain studies have been consulted, and information about how the regulatory process works, usually does not give rise to the necessary expectation of harm

a énuméré, dans ses présentations de drogue nouvelle, certains articles et études faisant déjà partie du domaine public constitue un renseignement de nature confidentielle au motif que cela laisse entendre à ses concurrents qu'elle s'est fondée sur ceux-ci. Il ressort du dossier que c'est M elle-même qui a proposé que des copies de tous les articles publiés qui ont été mentionnés dans les présentations soient fournies au demandeur. De plus, le fait que M avait fait référence à plusieurs études était déjà de notoriété publique en raison de la publication de la monographie de produit (document scientifique qui contient les renseignements permettant d'utiliser la drogue de manière sûre et efficace) et d'autres documents. Bien qu'il ne faille pas exclure la possibilité que le bien-fondé d'un tel argument soit établi dans certains cas où il est étayé par la preuve, la preuve en l'espèce est insuffisante à cet égard.

Troisièmement, l'exception prévue à l'al. 20(1)*c*) s'applique si la divulgation des renseignements risquait vraisemblablement de causer un préjudice au tiers. Le critère pour établir le degré de probabilité qu'un préjudice découle de la divulgation des renseignements visés est celui d'« un risque vraisemblable de préjudice probable ». Cette formulation acceptée depuis longtemps vise à cerner un point important, à savoir que même s'il ne lui incombe pas d'établir selon la prépondérance des probabilités que le préjudice se produira effectivement si les documents sont communiqués, le tiers doit néanmoins faire davantage que simplement démontrer que le préjudice peut se produire. L'objectif important visé par l'accès à l'information serait mis en échec par la norme de la simple possibilité qu'un préjudice soit causé. Il faut éviter de refuser la divulgation de renseignements sur le fondement d'une crainte de préjudice qui est fantaisiste, imaginaire ou forcée. Il n'y a aucune raison de reformuler le critère. En ce qui concerne la question de savoir s'il est possible que la divulgation de renseignements faisant déjà partie du domaine public puisse causer un préjudice, les renseignements accessibles au public ne sont généralement pas des renseignements soustraits à la divulgation selon le critère du préjudice. Toutefois, il peut être possible dans certains cas d'établir que la façon dont des renseignements accessibles au public ont été compilés à une fin particulière n'est pas elle-même de notoriété publique, ce qui pose le risque que la divulgation cause un préjudice. La divulgation de renseignements qui n'ont pas déjà été rendus publics et dont on démontre la longueur d'avance qu'ils confèrent à la concurrence dans le développement de produits concurrents, ou l'avantage concurrentiel qu'ils offrent à cette dernière en ce qui concerne des opérations à venir, peut, en principe, satisfaire aux conditions prévues à l'al. 20(1)*c*). La preuve doit convaincre la cour siégeant en révision qu'il existe un lien direct entre la divulgation

or competitive prejudice required in s. 20(1)(*c*). In this case, while Health Canada applied an unduly onerous test of probability of harm, a review of M's submissions and evidence confirms the Court of Appeal's intervention was nevertheless justified. Health Canada's evidence that virtually all of the unredacted information in issue was in the public domain was largely unanswered by M and it did not provide evidence showing how the disclosure of the redacted form of the information could reasonably be expected to give rise to the harm and prejudice it claimed. Moreover, M's submission that the release of some of the information could give an inaccurate perception of the product's safety cannot be accepted. Courts have often — and rightly — been sceptical about claims that the public misunderstanding of disclosed information will inflict harm. Refusing to disclose information for fear of public misunderstanding undermines the fundamental purpose of access to information legislation; the public should have access to information so that they can evaluate it for themselves.

Finally, the Court of Appeal's disposition of the s. 25 issue should be affirmed. M did not provide any submissions and the reviewing judge failed to explain why non-exempt material could not reasonably be severed and disclosed as required under s. 25. The Court of Appeal was obliged to intervene, although it erred to the extent it faulted the reviewing judge for having substituted his view for that of the institutional head. The reviewing judge was required to consider whether the institutional head had properly applied s. 25. The heart of the s. 25 exercise is determining when material subject to the disclosure obligation can reasonably be severed from exempt material. Severance will be reasonable only if disclosure of the unexcised portions of the record would reasonably fulfill the purposes of the Act, having regard to whether what is left after excising exempted material has any meaning and whether the effort of redaction by the government institution is justified by the benefits of severing and disclosing the remaining information. Where severance leaves only

des renseignements et le préjudice appréhendé et que la divulgation risque vraisemblablement de causer ce préjudice. La divulgation de renseignements tels que les dates, la numérotation et la partie d'une présentation de drogue nouvelle où se trouvent les renseignements, la façon dont elle est présentée, les listes d'études ou la déclaration que certaines études ont été consultées, ainsi que les renseignements au sujet du fonctionnement du processus réglementaire ne suscite habituellement pas le risque nécessaire en matière de préjudice ou de perte de compétitivité qu'exige l'al. 20(1)*c*). En l'espèce, bien que Santé Canada ait appliqué un critère trop exigeant pour apprécier la probabilité qu'un préjudice soit causé, l'examen des arguments de M et de la preuve confirme que l'intervention de la Cour d'appel fédérale était néanmoins justifiée. La preuve de Santé Canada que la quasi-totalité des renseignements non retranchés des pages en litige faisait partie du domaine public n'a pas, pour l'essentiel, été réfutée par M, et celle-ci n'a produit aucun élément de preuve démontrant en quoi la divulgation des renseignements sous leur forme expurgée risquait vraisemblablement de causer le préjudice qu'elle invoquait. En outre, l'argument de M que la divulgation de certains des renseignements pourrait donner une impression erronée quant à l'innocuité du produit ne saurait être retenu. Les tribunaux ont souvent — et avec raison — accueilli avec scepticisme les allégations que la mauvaise compréhension, par le public, des renseignements divulgués sera préjudiciable au tiers. Refuser de divulguer des renseignements par crainte que le public les comprenne mal compromettrait l'objet fondamental de la législation en matière d'accès à l'information; il s'agit de permettre aux membres du public de prendre connaissance des renseignements pour qu'ils puissent eux-mêmes les apprécier.

Enfin, il convient de confirmer la décision de la Cour d'appel fédérale relativement à l'art. 25. M n'a présenté aucun argument, et le juge siégeant en révision, aucun raisonnement, expliquant pourquoi les renseignements non soustraits à la divulgation ne pouvaient pas être prélevés et divulgués sans que cela ne pose de problèmes sérieux, comme l'exige l'art. 25. La Cour d'appel fédérale se devait d'intervenir, bien qu'elle ait commis une erreur dans la mesure où elle a reproché au juge siégeant en révision d'avoir substitué son avis à celui du responsable de l'institution. Le juge siégeant en révision était tenu de décider si le responsable de l'institution avait appliqué correctement l'art. 25. Selon l'art. 25, il faut essentiellement relever les parties du document soustrait à la communication qui peuvent, elles, être communiquées et dont le prélèvement ne pose pas de problèmes sérieux. Le prélèvement n'est raisonnable que si la divulgation des passages du document n'ayant pas été retranchés remplissait raisonnablement les objectifs de la Loi, ce qui dépend des questions de savoir si ce qu'il reste après

disconnected snippets of releasable information, disclosure of that type of information does not fulfill the purpose of the Act and severance is not reasonable.

*Per* Deschamps, Abella and Rothstein JJ. (dissenting): The Federal Court judge reviewing the decision of the head of an institution pursuant to s. 44 of the Act discharges a function similar to a trial judge. An appellate court must defer to a trial judge's findings on questions of fact as well as on questions of mixed fact and law. The standard to be applied on such questions, per *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, is that of a palpable and overriding error. Deferring to trial judges' findings where it is appropriate to do so ensures that judicial resources are used efficiently, enhances access to justice and is consistent with the institutional role of the appellate court. Here, the reviewing judge's findings on the exemptions are fact-based or bear on questions of mixed fact and law, so deference is owed to them. No palpable and overriding error can be found in his judgments. While one may disagree with the result, the judge's conclusions can easily be explained by referring both to his reasons and to the parties' submissions. This Court ought not to be conducting the kind of technical review which is required in order to determine whether information qualifies for an exemption from disclosure under the Act. The size of the record, the time allotted to the parties to argue their cases in this Court, and the Court's institutional role are all factors that militate against reviewing the facts in minute detail. The deferential approach dictated by *Housen* is more consistent with this Court's role. The reviewing judge should not be required to provide a word-by-word, line-by-line, or even page-by-page explanation for his or her decision. The Federal Court of Appeal erred in retrying the case.

**Cases Cited**

By Cromwell J.

**Discussed:** *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; **referred to:** *Dagg v. Canada*

que les renseignements soustraits à la divulgation ont été retranchés du document a un sens, et s'il ressort que les avantages qu'il y a à prélever et divulguer les renseignements restants à la suite du processus d'expurgation justifient les efforts déployés par l'institution fédérale en vue d'expurger le document. Dans les cas où il ne reste que des bribes de renseignements pouvant être divulgués à la suite du prélèvement, la divulgation de ces renseignements ne remplit pas l'objet de la Loi, et le prélèvement n'est pas raisonnable.

*Les* juges Deschamps, Abella et Rothstein (dissidents) : Le juge de la Cour fédérale qui révise la décision du responsable d'une institution dans le cadre de l'art. 44 de la Loi exerce une fonction qui s'apparente à celle d'un juge de première instance. Les cours d'appel doivent faire preuve de déférence envers les conclusions tirées par les juges de première instance tant à l'égard des questions de fait que des questions mixtes de fait et de droit. La norme qu'il convient d'appliquer à ces questions, selon *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, est celle de l'erreur manifeste et dominante. Faire preuve de déférence envers les conclusions des juges de première instance, lorsqu'il y a lieu, permet une utilisation efficace des ressources judiciaires, facilite l'accès à la justice et correspond au rôle institutionnel des cours d'appel. En l'espèce, les conclusions du juge siégeant en révision relativement aux exceptions reposent sur les faits ou portent sur des questions mixtes de fait et de droit, et il faut donc faire preuve de déférence à leur égard. Ses jugements ne comportent aucune erreur manifeste et dominante. Quelqu'un peut être en désaccord avec le résultat, mais il n'en demeure pas moins qu'on peut facilement expliquer les conclusions du juge en faisant référence tant à ses motifs qu'aux observations des parties. La Cour ne devrait pas procéder à l'examen technique nécessaire pour déterminer si tel ou tel renseignement est visé ou non par une quelconque exception à la règle de la divulgation prévue par la Loi. L'ampleur du dossier, le temps alloué aux parties pour présenter leurs arguments devant notre Cour ainsi que le rôle institutionnel de celle-ci sont tous des facteurs qui indiquent qu'il n'y a pas lieu de décortiquer les faits. La démarche empreinte de déférence qu'impose *Housen* correspond davantage au mandat de la Cour. Le juge siégeant en révision ne doit pas être tenu de justifier sa décision en faisant référence à chaque mot, chaque ligne, voire chaque page en litige. La Cour d'appel fédérale a commis une erreur en jugeant de nouveau l'affaire.

**Jurisprudence**

Citée par le juge Cromwell

**Arrêt analysé :** *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; **arrêts mentionnés :**

*(Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110; *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609, aff'd (2000), 25 Admin. L.R. (3d) 305; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306; *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245; *Merck Frosst Canada & Co. v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FC 1422 (CanLII); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Twinn v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1987] 3 F.C. 368, aff'd (1987), 80 N.R. 263; *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441; *SNC-Lavalin Inc. v. Canada (Minister of Public Works)* (1994), 79 F.T.R. 113; *Maislin Industries Ltd. v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939; *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47; *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2005 FC 189 (CanLII) (supplementary reasons 2005 FC 648 (CanLII)), aff'd 2006 FCA 241, 353 N.R. 84; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Société Gamma Inc. v. Canada (Department of the Secretary of State)* (1994), 56 C.P.R. (3d) 58; *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963; *R. I. Crain Ltd. v. Ashton*, [1949] O.R. 303, aff'd [1950] O.R. 62; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014; *Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FCA 252, 367 N.R. 134, aff'g 2005 FC 1633 (CanLII); *Les viandes du Breton Inc. v. Canada (Canadian Food Inspection Agency)*, 2006 FC 335 (CanLII); *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480; *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315; *Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2004 FCA 214, 322 N.R. 388; *Chesal v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139;

*Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609, conf. par 2000 CanLII 15487; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306; *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. nº 453 (QL); *Merck Frosst Canada & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1422 (CanLII); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Twinn c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 368, conf. par [1987] A.C.F. nº 834 (QL); *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441; *SNC-Lavalin Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1994] A.C.F. nº 1059 (QL); *Maislin Industries Ltd. c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939; *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47; *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CF 189 (CanLII) (motifs supplémentaires 2005 CF 648 (CanLII)), conf. par 2006 CAF 241 (CanLII); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1994] A.C.F. nº 589 (QL); *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963; *R. I. Crain Ltd. c. Ashton*, [1949] O.R. 303, conf. par [1950] O.R. 62; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014; *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 252, [2007] A.C.F. nº 927 (QL), conf. 2005 CF 1633 (CanLII); *Viandes du Breton Inc. c. Canada (Agence canadienne d'inspection des aliments)*, 2006 CF 335 (CanLII); *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480; *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)*, [1990] A.C.F. nº 81 (QL); *Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services*

*Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Information Commissioner (Can.) v. Immigration and Refugee Board (Can.)* (1997), 140 F.T.R. 140; *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706; *Kwiatkowsky v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 S.C.R. 856; *Re Actors' Equity Assn. of Australia and Australian Broadcasting Tribunal (No 2)* (1985), 7 A.L.D. 584; *Watt v. Forests*, [2007] NSWADT 197 (AustLII); *Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of Health & Welfare)* (1992), 9 Admin. L.R. (2d) 161; *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 161 F.T.R. 15, aff'd [2000] 3 F.C. 360; *Wells v. Canada (Minister of Transport)* (1995), 103 F.T.R. 17; *Culver v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 1999 CanLII 8959; *Bitove Corp. v. Canada (Minister of Transport)* (1996), 119 F.T.R. 278; *Coradix Technology Consulting Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2006 FC 1030, 307 F.T.R. 116; *Canada Post Corp. v. National Capital Commission*, 2002 FCT 700, 221 F.T.R. 56; *Aventis Pasteur Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1371, 262 F.T.R. 73; *Prud'homme v. Agence canadienne de développement international* (1994), 85 F.T.R. 302; *Coopérative fédérée du Québec v. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)* (2000), 180 F.T.R. 205; *Blank v. Canada (Minister of the Environment)*, 2007 FCA 289, 368 N.R. 279; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551; *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143.

By Deschamps J. (dissenting)

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610; *Zenner v. Prince Edward Island College of Optometrists*, 2005 SCC 77, [2005] 3 S.C.R. 645; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Canada (Chief Commissioner, Human Rights Commission)*, 2007 FCA 272, [2008] 2 F.C.R. 509; *Rubin v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FCA 37, 300 N.R. 179; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Minister of National Health)*, 2002 FCA 35 (CanLII); *SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Co-operation)*, 2007 FCA 397, 77 Admin. L.R. (4th) 1;

*gouvernementaux)*, 2004 CAF 214 (CanLII); *Chesal c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [1997] A.C.F. nº 1812 (QL); *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706; *Kwiatkowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856; *Re Actors' Equity Assn. of Australia and Australian Broadcasting Tribunal (No 2)* (1985), 7 A.L.D. 584; *Watt c. Forests*, [2007] NSWADT 197 (AustLII); *Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1992] A.C.F. nº 950 (QL); *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, 1998 CanLII 8942, conf. par [2000] 3 C.F. 360; *Wells c. Canada (Ministre des Transports)*, [1995] A.C.F. nº 1447 (QL); *Culver c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 1999 CanLII 8959; *Bitove Corp. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1996] A.C.F. nº 1198 (QL); *Coradix Technology Consulting Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2006 CF 1030 (CanLII); *Société canadienne des postes c. Commission de la capitale nationale*, 2002 CFPI 700 (CanLII); *Aventis Pasteur Ltée c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1371 (CanLII); *Prud'homme c. Agence canadienne de développement international* (1994), 85 F.T.R. 302; *Coopérative fédérée du Québec c. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)* (2000), 180 F.T.R. 205; *Blank c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2007 CAF 289 (CanLII); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551; *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 1 C.F. 143.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610; *Zenner c. Prince Edward Island College of Optometrists*, 2005 CSC 77, [2005] 3 R.C.S. 645; *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Canada (Commissaire en chef, Commission canadienne des droits de la personne)*, 2007 CAF 272, [2008] 2 R.C.F. 509; *Rubin c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CAF 37 (CanLII); *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Ministre de la Santé nationale)*, 2002 CAF 35 (CanLII); *SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)*, 2007 CAF 397 (CanLII);

*3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421; *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245; *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FCA 252, 367 N.R. 134.

**Statutes and Regulations Cited**

*Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 2(1), 3 "third party", 4, 13 to 28, 41, 42, 44, 45, 46, 50, 51, Schedule II.

*Access to Information Act Extension Order, No. 1*, SOR/89-207.

*Act respecting access to documents held by public bodies and the Protection of personal information*, R.S.Q., c. A-2.1.

*Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, ss. 25, 29.

*Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 11(1), 74.11(4).

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 25.1(9), 382.1(2).

*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, ss. C.01.017, C.08.002.

*Food and Drug Regulations, amendment*, SOR/95-411.

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

*Insurance Companies Act*, S.C. 1991, c. 47, s. 294(6).

*Regulations Amending the Food and Drug Regulations (Data Protection)*, SOR/2006-241.

*Security of Information Act*, R.S.C. 1985, c. O-5 [formerly *Official Secrets Act*], s. 19(4) [ad. 2001, c. 41, s. 29].

**International Documents**

*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, 1869 U.N.T.S. 299 (being Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 1869 U.N.T.S. 3), art. 39.

*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, Can. T.S. 1994 No. 2, art. 1711.

**Authors Cited**

Bastarache, Michel, et al. *The Law of Bilingual Interpretation*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

*3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421; *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. nº 453 (QL); *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 252, [2007] A.C.F. nº 927 (QL).

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 25.1(9), 382.1(2).

*Décret d'extension nº 1 (Loi sur l'accès à l'information)*, DORS/89-207.

*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, art. 25, 29.

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 2(1), 3 « tiers », 4, 13 à 28, 41, 42, 44, 45, 46, 50, 51, annexe II.

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

*Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., ch. A-2.1.

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 11(1), 74.11(4).

*Loi sur la protection de l'information*, L.R.C. 1985, ch. 0-5 [auparavant la *Loi sur les secrets officiels*], art. 19(4) [aj. 2001, ch. 41, art. 29].

*Loi sur les sociétés d'assurances*, L.C. 1991, ch. 47, art. 294(6).

*Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues (protection des données)*, DORS/2006-241.

*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. C.01.017, C.08.002.

*Règlement sur les aliments et drogues — Modification*, DORS/95-411.

**Documents internationaux**

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, R.T. Can. 1994 nº 2, art. 1711.

*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 1869 R.T.N.U. 332 (annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 1869 R.T.N.U. 3), art. 39.

**Doctrine et autres documents cités**

Bastarache, Michel, et autres. *Le droit de l'interprétation bilingue*. Montréal : LexisNexis, 2009.

Brandeis, Louis D. "What Publicity Can Do", *Harper's Weekly*, vol. 58, December 20, 1913, 10.

Canada. Health Canada. *Therapeutic Products Programme Guideline — Preparation of Human New Drug Submissions*. Ottawa: The Department, 1991.

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Edited by Katherine Barber. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, "expect", "likely".

Doray, Raymond, et François Charette. *Accès à l'information: loi annotée: jurisprudence, analyse et commentaires*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001 (feuilles mobiles mises à jour décembre 2010, envoi nº 20).

Hughes, Roger T., and Dino P. Clarizio. *Halsbury's Laws of Canada — Patents, Trade Secrets and Industrial Designs*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.

Hughes, Roger T., Dino P. Clarizio and Neal Armstrong. *Hughes & Woodley on Patents*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated April 2011, release 25).

Parisien, Serge. *Les secrets commerciaux et la Loi sur l'accès à l'information du Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993.

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

Vaver, David. "Civil Liability for Taking or Using Trade Secrets in Canada" (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 253.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Desjardins, Noël and Pelletier JJ.A.), 2009 FCA 166, 400 N.R. 1, [2009] F.C.J. No. 627 (QL), 2009 CarswellNat 5226, reversing the decisions of Beaudry J., 2006 FC 1200, 301 F.T.R. 241, 59 C.P.R. (4th) 312, [2006] F.C.J. No. 1504 (QL), 2006 CarswellNat 5635, and 2006 FC 1201 (CanLII), [2006] F.C.J. No. 1505 (QL), 2006 CarswellNat 5644. Appeals dismissed, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. dissenting.

*Catherine Beagan Flood* and *Patrick Kergin*, for the appellant.

*Bernard Letarte* and *René LeBlanc*, for the respondent.

*Anthony G. Creber* and *John Norman*, for the intervener.

Brandeis, Louis D. « What Publicity Can Do », *Harper's Weekly*, vol. 58, December 20, 1913, 10.

Canada. Santé Canada. *Directives du Programme des produits thérapeutiques — Préparation d'une présentation de drogue nouvelle à usage humain*. Ottawa : Le ministère, 1991.

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Edited by Katherine Barber. Don Mills, Ont. : Oxford University Press, 2004, « *expect* », « *likely* ».

Doray, Raymond, et François Charette. *Accès à l'information : loi annotée : jurisprudence, analyse et commentaires*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001 (feuilles mobiles mises à jour décembre 2010, envoi nº 20).

Hughes, Roger T., and Dino P. Clarizio. *Halsbury's Laws of Canada — Patents, Trade Secrets and Industrial Designs*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2007.

Hughes, Roger T., Dino P. Clarizio and Neal Armstrong. *Hughes & Woodley on Patents*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated April 2011, release 25).

Parisien, Serge. *Les secrets commerciaux et la Loi sur l'accès à l'information du Québec*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1993.

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

Vaver, David. « Civil Liability for Taking or Using Trade Secrets in Canada » (1981), 5 *Rev. can. dr. comm.* 253.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Desjardins, Noël et Pelletier), 2009 CAF 166, 400 N.R. 1, [2009] A.C.F. nº 627 (QL), 2009 CarswellNat 1532, qui a infirmé les décisions du juge Beaudry, 2006 CF 1200, 301 F.T.R. 241, 59 C.P.R. (4th) 312, [2006] A.C.F. nº 1504 (QL), 2006 CarswellNat 3191, et 2006 CF 1201 (CanLII), [2006] A.C.F. nº 1505 (QL), 2006 CarswellNat 3316. Pourvois rejetés, les juges Deschamps, Abella et Rothstein sont dissidents.

*Catherine Beagan Flood* et *Patrick Kergin*, pour l'appelante.

*Bernard Letarte* et *René LeBlanc*, pour l'intimé.

*Anthony G. Creber* et *John Norman*, pour l'intervenante.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Charron and Cromwell JJ. was delivered by

CROMWELL J. —

I. Overview

[1] Broad rights of access to government information serve important public purposes. They help to ensure accountability and ultimately, it is hoped, to strengthen democracy. "Sunlight", as Louis Brandeis put it so well, "is said to be the best of disinfectants" ("What Publicity Can Do", *Harper's Weekly*, December 20, 1913, 10, at p. 10).

[2] Providing access to government information, however, also engages other public and private interests. Government, for example, collects information from third parties for regulatory purposes, information which may include trade secrets and other confidential commercial matters. Such information may be valuable to competitors and disclosing it may cause financial or other harm to the third party who had to provide it. Routine disclosure of such information might even ultimately discourage research and innovation. Thus, too single-minded a commitment to access to this sort of government information risks ignoring these interests and has the potential to inflict a lot of collateral damage. There must, therefore, be a balance between granting access to information and protecting these other interests in relation to some types of third party information.

[3] The need for this balance is well illustrated by these appeals. They arise out of requests for information which had been provided to government by a manufacturer as part of the new drug approval process. In order to get approval to market new drugs, innovator pharmaceutical companies, such as the appellant Merck Frosst Canada Ltd. ("Merck"), are required to disclose a great deal of information to the government regulator, the respondent Health Canada, including a lot of material that they, with

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

LE JUGE CROMWELL —

I. Aperçu

[1] Les droits généraux en matière d'accès aux documents de l'administration fédérale servent des fins importantes d'ordre public. Ils contribuent à assurer la reddition de comptes et en bout de ligne renforcent, souhaitons-le, la démocratie. Comme l'a si bien exprimé Louis Brandeis, [TRADUCTION] « [l]a lumière du soleil est, dit-on, le meilleur des désinfectants » (« What Publicity Can Do », *Harper's Weekly*, 20 décembre 1913, 10, p. 10).

[2] Par contre, l'accès aux documents de l'administration fédérale met aussi en jeu d'autres intérêts publics et privés. Par exemple, l'administration recueille auprès de tiers, à des fins réglementaires, des renseignements qui peuvent comprendre des secrets industriels et d'autres renseignements commerciaux de nature confidentielle. Pareils renseignements peuvent avoir une certaine valeur pour les concurrents du tiers qui les a fournis et leur divulgation risque parfois de causer un préjudice financier ou autre à ce dernier. Leur divulgation systématique pourrait même en venir à décourager la recherche et l'innovation. La volonté obstinée de communiquer de tels documents risque par conséquent de faire abstraction de ces intérêts et de causer indirectement bien des dommages. Il doit donc y avoir un équilibre entre l'accès à l'information et la protection de ces autres intérêts dans le cas de certains types de renseignements de tiers.

[3] Les présents pourvois, qui illustrent bien la nécessité d'atteindre cet équilibre, découlent de demandes visant à obtenir des renseignements qu'un fabricant avait fournis à l'administration fédérale dans le cadre du processus d'approbation des drogues nouvelles. Pour obtenir l'autorisation de mettre en marché des drogues nouvelles, les sociétés pharmaceutiques innovatrices, telle l'appelante, Merck Frosst Canada Ltée (« Merck »), doivent fournir une grande quantité de renseignements à l'autorité

good reason, do not want to fall into their competitors' hands. But competitors, like everyone else in Canada, are entitled to the disclosure of government information under the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 ("Act" or "*ATI*").

[4] The Act strikes a careful balance between the sometimes competing objectives of encouraging disclosure and protecting third party interests. While the Act requires government institutions to make broad disclosure of information, it also provides exemptions from disclosure for certain types of third party information, such as trade secrets or information the disclosure of which could cause economic harm to a third party. It also provides third parties with procedural protections. These appeals concern how the balance struck by the legislation between disclosure and protection of third parties should be reflected in the interpretation and administration of that legislation.

[5] Health Canada received access to information requests relating to certain new drug submissions made to it by Merck. A series of disputes then arose between Merck, a third party to the requests, and the Minister of Health about what information had to be disclosed and what was exempt from disclosure. An avalanche of paperwork and court proceedings ensued. No fewer than five proceedings before the Federal Courts, generating a record of some 67 bound volumes of material, have brought the parties to this Court. At issue are the interpretation and application of several provisions of the Act that govern the disclosure or non-disclosure of third party confidential commercial information.

[6] Merck says that the balance has swung too far in favour of disclosure, both in the way the Act was administered by Health Canada and in the way it was interpreted by the Federal Court of Appeal. Merck has three main complaints. First, it says

de réglementation du gouvernement, l'intimé, Santé Canada, y compris beaucoup de documents qu'elles ne souhaitent pas, avec raison, voir aboutir entre les mains de leurs concurrents. Or, les concurrents, comme toute autre personne au Canada, ont droit à la divulgation de renseignements de l'administration fédérale en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« Loi »).

[4] La Loi établit le juste équilibre entre des objectifs parfois contradictoires, à savoir encourager la communication de l'information tout en protégeant les intérêts des tiers. Bien que la Loi oblige les institutions fédérales à divulguer une grande partie de leurs renseignements, elle soustrait à la divulgation certains types de renseignements provenant de tiers, tels les secrets industriels et les renseignements dont la divulgation pourrait causer un préjudice économique à un tiers. Elle accorde aussi aux tiers des garanties procédurales. Les présents pourvois portent sur la façon dont l'équilibre établi par la législation entre la divulgation de renseignements et la protection des tiers doit se refléter dans l'interprétation et l'application de celle-ci.

[5] Santé Canada a reçu des demandes d'accès à l'information concernant certaines présentations de drogue nouvelle faites par Merck. Une série de différends sont survenus par la suite entre Merck, un tiers en ce qui concerne les demandes, et le ministre de la Santé sur la question de savoir quels renseignements étaient assujettis à l'obligation de divulgation et quels renseignements y étaient soustraits. Il s'en est ensuivi une avalanche de paperasses et de procédures judiciaires. Pas moins de cinq procédures devant les cours fédérales, à l'origine d'un dossier de quelque 67 volumes de documents, ont amené les parties devant notre Cour. Le litige porte sur l'interprétation et l'application de plusieurs dispositions de la Loi qui régissent la divulgation ou la non-divulgation, selon le cas, de renseignements commerciaux confidentiels de tiers.

[6] Merck soutient que l'équilibre atteint par la Loi favorise indûment la divulgation, et ce tant dans la façon dont Santé Canada a appliqué la Loi que dans l'interprétation que lui a donnée la Cour d'appel fédérale. Merck se plaint de trois choses.

that Health Canada failed to give it notice and an opportunity to make objections before disclosing some of its confidential information. This complaint raises issues about the threshold under the Act for giving third parties notice before disclosing their information. Second, Merck says that Health Canada failed to conduct an adequate review of the information before making its initial decision that the information was subject to disclosure. The effect of this, Merck claims, is that Health Canada effectively shifted its statutory obligations onto it, resulting in Merck having to expend extensive human and financial resources to deal with the access to information requests. In short, the process itself inflicted undue commercial injury. This point requires analysis of the nature of the government institution's duties under the Act and the role of the third party when it claims exemption for the information sought. Third, Merck contends that both Health Canada and the Federal Court of Appeal held it to too onerous a standard of proof that the information was exempt. This contention requires an examination of the burden and standard of proof on a third party claiming exemptions from disclosure.

Premièrement, elle dit que Santé Canada ne lui a pas donné de préavis ni de possibilité de formuler des objections avant de divulguer une partie des renseignements de nature confidentielle qu'elle lui avait fournis. Cette plainte soulève des questions au sujet du seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation légale du responsable de l'institution d'aviser les tiers avant de divulguer des renseignements fournis par ces derniers. Deuxièmement, selon Merck, Santé Canada n'a pas examiné convenablement les renseignements avant de prendre sa décision initiale qu'ils pouvaient être divulgués. Merck prétend qu'en procédant ainsi Santé Canada s'est trouvé à lui transférer ses obligations légales, ce qui l'a contrainte à consacrer énormément de ressources humaines et financières pour traiter les demandes d'accès à l'information. Bref, le processus lui-même lui aurait causé un préjudice commercial indu. Cet argument appelle une analyse de la nature des obligations légales de l'institution fédérale et du rôle qui incombe au tiers qui soutient que les renseignements en cause sont visés par une exception. Troisièmement, Merck prétend que Santé Canada et la Cour d'appel fédérale l'ont obligée à s'acquitter d'un fardeau de preuve trop lourd à cet égard. Cette prétention appelle un examen du fardeau et de la norme de preuve qui incombent au tiers qui invoque des exceptions pour s'opposer à la divulgation de certains renseignements.

[7] In addition to these main points, Merck also submits that the Federal Court of Appeal applied the wrong standard of appellate review and misapplied the provisions relating to the disclosure of information that can be reasonably severed from exempt material in the same record.

[7] Outre ces arguments principaux, Merck fait valoir que la Cour d'appel fédérale a appliqué la mauvaise norme de contrôle en appel et qu'elle s'est trompée en appliquant les dispositions en matière de divulgation des renseignements qui peuvent être prélevés, sans poser de problèmes sérieux, des documents soustraits à la communication.

[8] Although my view is that Merck's appeals should be dismissed, there is nonetheless some merit to its complaints. I will take the opportunity the case provides to set out my understanding of when notice must be given to a third party, what the role of the government institution is in applying the third party exemptions and what are the applicable standards and burdens of proof in relation to them. I will address the standard of review on appeal and

[8] Bien que je sois d'avis de rejeter les pourvois de Merck, j'estime néanmoins que ses plaintes sont en partie fondées. Je profiterai de l'occasion que m'offre la présente affaire pour exposer mon avis sur les circonstances dans lesquelles il faut donner un préavis au tiers intéressé, sur le rôle qui incombe à l'institution fédérale dans l'application des exceptions relatives aux tiers ainsi que sur les normes et les fardeaux de preuve qui

how the severance provisions should be applied. Finally, I will deal with the specific rulings about the numerous pages of information still in contention. The main challenge of the appeals is to determine how to interpret and apply the Act so that it strikes the balance Parliament intended between broad rights of access and protection of third party information.

[9] A good deal of background is required in order to understand the precise issues before the Court, which I will provide in the following section.

## II. Facts, Proceedings and Issues

[10] The case arises out of two access to information requests made with respect to information submitted by Merck to Health Canada in the course of seeking approval to market two products.

[11] Merck applied to obtain approval to market Singulair®, an asthma medication, by filing a New Drug Submission ("NDS") in early 1997. To obtain Health Canada's approval, Merck had to make full and frank disclosure of all of its knowledge and information about the drug. Approval was granted approximately a year and a half later and, as a result, the drug was marketed and sold in Canada. In 1999, Merck applied for approval of Singulair® in a 4-mg dose that would extend the permitted indications for the drug to patients two to five years of age. This required the submission of a Supplementary New Drug Submission ("SNDS"). An SNDS is submitted to request the authorization to market a drug that has already been approved and for which certain changes have been made, for instance and as in this case, proposing a new dosage. This process of approval, as with an NDS, required Merck to submit a great deal of

s'appliquent à ces exceptions. Je discuterai également de la norme de contrôle en appel et de la façon dont il convient d'appliquer les dispositions en matière de prélèvement de renseignements. Enfin, je traiterai des décisions qui ont été prises relativement aux nombreuses pages de renseignements toujours en litige. Le plus grand défi que posent les pourvois consiste à déterminer comment il faut interpréter et appliquer la Loi de manière à établir l'équilibre recherché par le législateur entre les droits généraux en matière d'accès à l'information et la protection des renseignements de tiers.

[9] Il faut bien connaître le contexte dans lequel s'inscrit la présente affaire pour comprendre les questions précises dont la Cour est saisie. C'est pourquoi je le décrirai en détail dans la prochaine partie.

## II. Les faits, l'historique procédural et les questions en litige

[10] Le litige découle de deux demandes d'accès à l'information visant des renseignements que Merck a fournis à Santé Canada en vue d'obtenir l'autorisation de mettre en marché deux produits.

[11] Merck a sollicité l'autorisation de mettre en marché le Singulair®, un médicament contre l'asthme, en déposant une présentation de drogue nouvelle (« PDN ») au début de 1997. Pour obtenir l'approbation de Santé Canada, Merck devait divulguer tout ce qu'elle savait à propos de la drogue ainsi que tous les renseignements dont elle disposait au sujet de celle-ci. Elle a obtenu cette approbation près d'un an et demi plus tard. La drogue a donc été mise en marché et vendue au Canada. En 1999, Merck a demandé l'approbation d'une dose de 4 mg de Singulair® qui permettrait d'en étendre la posologie autorisée aux patients âgés d'au moins deux ans, mais de pas plus de cinq ans. Pour ce faire, elle a dû déposer une présentation supplémentaire de drogue nouvelle (« PSDN »). On dépose une PSDN pour demander l'autorisation de mettre en marché une drogue déjà approuvée à l'égard de laquelle certaines modifications ont été apportées, par exemple

information. The new dosage was approved and the drug marketed.

[12] In due course, Health Canada received access to information requests relating to both Merck's NDS and SNDS. With respect to the NDS, the requester sought access to the Notice of Compliance, the Comprehensive Summary, the Health Canada reviewers' notes, and the correspondence between Health Canada and Merck. With respect to the SNDS, the requester asked for all releasable records.

[13] As we shall see, these access to information requests led to lengthy exchanges between Merck and Health Canada about how Health Canada was processing them and what documents were or were not subject to disclosure, leading ultimately to extensive court proceedings.

[14] These appeals engage two quite complex legislative and regulatory schemes, one relating to new drug approval and the other to access to information. I will, therefore, briefly outline these schemes. I will then set out a brief account of how Health Canada addressed the access to information requests, a brief summary of the ensuing court proceedings in the Federal Courts leading to the appeals to this Court and a statement of the precise issues that must be resolved.

A. *The New Drug Approval Process*

[15] To seek approval to market a new drug in Canada, Merck was required to file an NDS which must comply with the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.002. This submission is a comprehensive disclosure of all of Merck's information on the new drug. Amongst other things, it

pour proposer une nouvelle posologie, comme c'est le cas en l'espèce. Ce processus d'approbation obligeait Merck à fournir une grande quantité de renseignements, comme dans le cas d'une PDN. La nouvelle posologie a été approuvée, et la drogue mise en marché sous cette forme.

[12] Santé Canada a éventuellement reçu des demandes d'accès à l'information visant à la fois la PDN et la PSDN de Merck. Pour ce qui est de la PDN, le demandeur souhaitait obtenir l'avis de conformité, le sommaire général, les notes des examinateurs de Santé Canada et la correspondance entre Santé Canada et Merck. Pour ce qui est de la PSDN, le demandeur souhaitait obtenir tous les documents pouvant être communiqués.

[13] Comme nous le verrons plus loin, ces demandes d'accès à l'information ont mené à de longs échanges entre Merck et Santé Canada sur la façon dont Santé Canada traitait ces dernières et sur la question de savoir quels documents pouvaient être communiqués au demandeur et quels documents ne pouvaient pas l'être, ce qui a donné lieu en bout de ligne à de longues procédures judiciaires.

[14] Les présents pourvois portent sur deux régimes législatifs et réglementaires plutôt complexes : l'un d'eux vise l'approbation des drogues nouvelles et l'autre, l'accès à l'information. Je décrirai brièvement ces régimes, puis j'expliquerai de façon succincte comment Santé Canada a traité les demandes d'accès à l'information. Enfin, je ferai un court résumé des procédures devant les cours fédérales auxquelles ces demandes ont donné lieu et qui sont à l'origine des présents pourvois, avant d'énoncer les questions précises que notre Cour est appelée à trancher.

A. *Le processus d'approbation des drogues nouvelles*

[15] Pour demander l'autorisation de mettre en marché une drogue nouvelle au Canada, Merck devait déposer une PDN conformément à l'art. C.08.002 du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870. Cette présentation constituait une divulgation complète de tous les renseignements

must submit a list of ingredients, the details of the methods of manufacture, details of the tests to be applied to control the potency, purity, stability and safety of the new drug, and detailed reports of the tests made to establish safety. Some of this information is made public upon approval of the new drug. Merck was also required to submit a statement of all representations to be made for the promotion of the new drug respecting the administration of the proposed dosage, the claims to be made and the contra-indication and side effects of the new drug.

[16] Health Canada has issued quite detailed guidelines for the preparation of new drug submissions. The submission is to be in five main parts:

Part 1 — Master Volume;

Part 2 — Chemistry and Manufacturing, which sets out detailed information about the drug substance;

Part 3 — Comprehensive Summary, which sets out investigational studies relating to pharmacology, toxicology, microbiology, published and unpublished investigational articles, clinical studies and research and development of the drug. The Comprehensive Summary is the heart of the NDS, consisting of factual, concise descriptions of the methodology, results, conclusions and evaluations of the relevant investigational animal and clinical human studies;

Part 4 — Sectional Reports detailing investigational and clinical studies; and

Part 5 — Raw data from preclinical and clinical studies.

(*Therapeutic Products Programme Guideline — Preparation of Human New Drug Submissions* (1991))

dont disposait Merck au sujet de la drogue. Merck devait notamment fournir une liste des ingrédients, les détails des procédés de fabrication, les détails des analyses à faire pour contrôler l'activité, la pureté, la stabilité et l'innocuité de la drogue, ainsi que des comptes rendus détaillés des analyses qui avaient été faites pour établir l'innocuité de celle-ci. Certains de ces renseignements sont rendus publics une fois la drogue approuvée. Merck devait aussi remettre une déclaration de toutes les recommandations qui devaient être faites dans la réclame pour la drogue nouvelle au sujet de l'administration de la posologie proposée, des propriétés attribuées à la drogue ainsi que des contre-indications et des effets secondaires de celle-ci.

[16] Selon les lignes directrices assez détaillées que Santé Canada a publiées au sujet de la préparation des présentations de drogue nouvelle, ces dernières doivent se composer de cinq parties principales :

Partie 1 — Volume principal;

Partie 2 — Chimie et fabrication, partie qui contient des renseignements détaillés sur la substance pharmaceutique;

Partie 3 — Sommaire général, partie qui décrit les travaux de recherche relatifs à la pharmacologie, la toxicologie et la microbiologie, les articles de recherche, publiés ou non, les études cliniques et la recherche qui a été faite relativement à la drogue ainsi que l'élaboration de celle-ci. Le sommaire général est le cœur de la PDN et il contient de courtes descriptions factuelles de la méthodologie, des résultats, des conclusions et des évaluations des études cliniques pertinentes qui ont été faites auprès d'animaux et d'êtres humains;

Partie 4 — Rapports de section, partie qui expose en détail les études cliniques et les travaux de recherche qui ont été faits;

Partie 5 — Données brutes tirées des études précliniques et cliniques.

(*Directives du Programme des produits thérapeutiques — Préparation d'une présentation de drogue nouvelle à usage humain* (1991))

[17] Once submitted, Health Canada reviews and evaluates this information. This produces what is referred to in the record as "reviewers' notes". During the review process, the reviewers of course comment on the information provided and frequently pose questions and seek additional information from the manufacturer. These requests, along with other communications passing between Health Canada and the manufacturer constitute what has been referred to in the record as correspondence. Before this Court, information in three types of documents is at issue: the Comprehensive Summary, the reviewers' notes and the correspondence.

[18] When all this information has been reviewed by Health Canada, a publicly available Product Monograph will be approved. This is a scientific document which contains the information for safe and effective use of the drug. It is based on data summarized in the Comprehensive Summary and is drafted and redrafted as Health Canada and the manufacturer discuss the product and exchange information. The final Product Monograph may not include all of the information exchanged between the parties. Rather, it is the result of discussions and compromise between them. It is published as part of the Notice of Compliance issued by Health Canada.

[19] An SNDS follows a similar process.

B. *Access to Information Legislation and Process*

[20] It is useful now to turn to a brief review of the legislative provisions that governed Health Canada's response to the access to information requests relating to Merck's NDS and SNDS. I have set out the most relevant provisions of the Act in the Appendix to these reasons.

[21] The purpose of the Act is to provide a right of access to information in records under the control of a government institution. The Act has three

[17] Ces renseignements doivent être communiqués à Santé Canada pour qu'il en fasse l'analyse et l'étude, d'où résulte ce qu'on appelle dans le dossier les « notes des examinateurs ». Il va de soi qu'au cours de l'analyse les examinateurs commentent les renseignements fournis, posent fréquemment des questions au fabricant et lui demandent des compléments d'information. Ces demandes, auxquelles s'ajoutent les autres communications entre Santé Canada et le fabricant, constituent ce qu'on appelle dans le dossier la correspondance. Le litige que doit trancher notre Cour porte sur l'information contenue dans trois types de documents : le sommaire général, les notes des examinateurs et la correspondance.

[18] Après avoir étudié tous ces renseignements, Santé Canada approuve une monographie de produit accessible au public. Il s'agit d'un document scientifique qui contient les renseignements permettant d'utiliser la drogue de manière sûre et efficace. La monographie de produit repose sur des données résumées dans le sommaire général et elle est rédigée et modifiée à mesure que Santé Canada et le fabricant discutent du produit et échangent des renseignements. Il se peut que la version définitive de la monographie de produit ne contienne pas tous les renseignements échangés entre les parties. Elle constitue plutôt le résultat des discussions qui ont eu lieu entre les parties et du compromis auquel elles sont parvenues. Elle fait partie de l'avis de conformité délivré par Santé Canada.

[19] La PSDN fait l'objet d'un processus similaire.

B. *Législation et processus en matière d'accès à l'information*

[20] Il est utile à ce stade-ci d'examiner brièvement les dispositions législatives qui régissaient la réponse de Santé Canada aux demandes d'accès à l'information visant la PDN et la PSDN de Merck. Les dispositions de la Loi les plus pertinentes sont reproduites en annexe.

[21] La Loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale. Elle repose sur trois principes directeurs : premièrement, le

guiding principles: first, that government information should be available to the public; second, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific; and third, that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government (s. 2(1)).

[22] In *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 61, La Forest J. (dissenting, but not on this point) underlined that the overarching purpose of the Act is to facilitate democracy and that it does this in two related ways: by helping to ensure that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process and that politicians and officials may be held meaningfully to account to the public. This purpose was reiterated by the Court very recently, in the context of Ontario's access to information legislation, in *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815. The Court noted, at para. 1, that access to information legislation "can increase transparency in government, contribute to an informed public, and enhance an open and democratic society". Thus, access to information legislation is intended to facilitate one of the foundations of our society, democracy. The legislation must be given a broad and purposive interpretation, and due account must be taken of s. 4(1), that the Act is to apply notwithstanding the provision of any other Act of Parliament: *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110, at p. 128; *Canada (Privacy Commissioner) v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 3 F.C. 609, at para. 49, aff'd (2000), 25 Admin. L.R. (3d) 305 (F.C.A.).

[23] Nonetheless, when the information at stake is third party, confidential commercial and related information, the important goal of broad disclosure must be balanced with the legitimate private interests of third parties and the public interest in promoting innovation and development. The Act strikes this balance between the demands of openness and commercial confidentiality in two main ways. First, it affords substantive protection of the

public a droit à la communication des documents de l'administration fédérale; deuxièmement, les exceptions indispensables à ce droit doivent être précises et limitées; troisièmement, les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif (par. 2(1)).

[22] Dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 61, le juge La Forest (dissident, mais non sur ce point) a souligné que la Loi a pour objet général de favoriser la démocratie et qu'elle réalise cet objet de deux façons : en aidant à garantir, d'une part, que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique, et, d'autre part, que les politiciens et bureaucrates soient véritablement tenus de rendre des comptes à la population. La Cour a répété tout récemment cet objet dans *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, où il était question de la loi ontarienne en matière d'accès à l'information. La Cour a relevé au par. 1 que la législation sur l'accès à l'information « peut accroître la transparence du gouvernement, aider le public à se former une opinion éclairée et favoriser une société ouverte et démocratique ». Cette législation vise donc à appuyer l'un des fondements de notre société, à savoir la démocratie. Il faut donner à la législation une interprétation large et téléologique, et tenir dûment compte du par. 4(1), selon lequel on doit appliquer la Loi nonobstant toute autre loi fédérale : *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110, p. 128; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 3 C.F. 609, par. 49, conf. par 2000 CanLII 15487 (C.A.F.).

[23] Néanmoins, dans les cas où les renseignements en cause sont ceux d'un tiers et constituent des renseignements commerciaux et connexes de nature confidentielle, il faut concilier, d'une part, l'objectif important de la divulgation large et, d'autre part, les intérêts privés légitimes des tiers ainsi que l'intérêt du public à la promotion de l'innovation et du développement. La Loi atteint cet équilibre entre les impératifs de la transparence et de la confidentialité

information by specifying that certain categories of third party information are exempt from disclosure. Second, it provides procedural protection. The third party whose information is being sought has the opportunity, before disclosure, to persuade the institution that exemptions to disclosure apply and to seek judicial review of the institution's decision to release information which the third party thinks falls within the protected sphere. These appeals raise significant issues about the interpretation of the substantive protections as well as about how the procedural protections should operate.

[24] I turn now to a brief overview of the most directly relevant provisions of the Act. Section 4 (as extended by the *Access to Information Act Extension Order, No. 1*, SOR/89-207) sets out the right of persons and corporations present in Canada to have, on request, "access to any record [defined to mean any documentary material regardless of medium or form] under the control of a government institution" (s. 4(1)). This right is accorded "[s]ubject to this Act" and, for present purposes, the important qualification of the right is found in s. 20. It sets out the exemptions relating to third party information. (A "third party" is defined to be a person, group of persons or organization other than the requester or a government institution (s. 3).) Subsection 20(1) provides that the government institution has a duty to refuse to disclose certain categories of third party information. The subsection, as material to these appeals, read as follows at the relevant time:

**20.** (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

(*a*) trade secrets of a third party;

(*b*) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and

en matière commerciale essentiellement de deux façons. Premièrement, elle assure la protection substantielle de l'information en précisant que certains types de renseignements de tiers sont soustraits à la divulgation. Deuxièmement, elle accorde une protection procédurale aux tiers. En effet, le tiers dont les renseignements font l'objet d'une demande peut, avant leur divulgation, tenter de convaincre l'institution que des exceptions s'appliquent dans son cas et solliciter le contrôle judiciaire de la décision de l'institution de divulguer les renseignements qui, selon lui, sont soustraits à la divulgation. Les présents pourvois soulèvent des questions importantes quant à l'interprétation des protections substantielles et la façon dont il convient d'appliquer les protections procédurales.

[24] Je donnerai maintenant un bref aperçu des dispositions de la Loi les plus directement pertinentes. L'article 4 (dont la portée a été étendue par le *Décret d'extension n^o^ 1 (Loi sur l'accès à l'information)*, DORS/89-207) prévoit que les personnes physiques et les personnes morales qui sont présentes au Canada ont droit, sur demande, « à l'accès aux documents [définis comme s'entendant d'éléments d'information, quel qu'en soit le support] relevant d'une institution fédérale » (par. 4(1)). Ce droit est accordé « [s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi » et, dans le contexte qui nous occupe, la limite importante qui y est apportée se trouve à l'art. 20, qui prévoit les exceptions applicables aux renseignements de tiers. (Le « tiers » est défini comme une personne, un groupement ou une organisation autres que l'auteur de la demande ou qu'une institution fédérale (art. 3).) Selon le par. 20(1), l'institution fédérale est tenue de refuser la divulgation de certains types de renseignements de tiers. Le passage de ce paragraphe qui intéresse les présents pourvois était ainsi rédigé à l'époque pertinente :

**20.** (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

*a*) des secrets industriels de tiers;

*b*) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle

is treated consistently in a confidential manner by the third party;

(*c*) information the disclosure of which 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; . . .

[25] The duty not to disclose these sorts of third party information must be read with s. 25 of the Act, which may be called the severance provision. It requires the institution to disclose any part of a record that does not contain material which the institution is authorized not to disclose and which can reasonably be severed from any part that does contain exempted material. Section 25 provides:

**25.** Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material.

[26] Thus, we see that the general right of access is subject to a duty on government institutions not to disclose these types of third party information, including information that would normally be subject to disclosure, but cannot reasonably be severed from the exempted third party information. These are what I have called the substantive protections.

[27] I turn now to the procedural protections for third parties. The Act, as noted, establishes a process of notification and judicial review. This process permits the third party to mount objections and have them considered before the information is disclosed. Section 27(1) of the Act details the circumstances in which a government institution must make every reasonable effort to give notice of its intention to disclose the third party's information. At the time of the applications it read:

et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

*c*) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité; . . .

[25] L'obligation de s'abstenir de divulguer ces types de renseignements de tiers doit être interprétée de pair avec l'art. 25 de la Loi, que l'on pourrait appeler la disposition en matière de prélèvement de renseignements. Cet article oblige l'institution à communiquer les parties d'un document dépourvues des renseignements dont elle peut refuser la divulgation, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. En voici le libellé :

**25.** Le responsable d'une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s'autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d'en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux.

[26] Ainsi, nous constatons que le droit général en matière d'accès à l'information est assujetti à l'obligation des institutions fédérales de s'abstenir de divulguer ces types de renseignements de tiers, y compris les renseignements qui seraient normalement divulgués, mais qui ne peuvent être dissociés des renseignements soustraits à la divulgation sans que cela ne pose de problèmes sérieux. Il s'agit là de ce que j'ai appelé les protections substantielles.

[27] Je passe maintenant à l'examen des protections procédurales dont bénéficient les tiers. Rappelons que la Loi établit un processus d'avis et de contrôle judiciaire. Ce processus permet au tiers de formuler des objections qui devront être examinées avant que les renseignements en cause ne soient divulgués. Le paragraphe 27(1) de la Loi énumère les circonstances dans lesquelles l'institution fédérale doit faire des efforts raisonnables pour donner au tiers un avis de son intention de divulguer ses renseignements. Ce paragraphe était ainsi libellé à l'époque où les demandes ont été faites :

**27.** (1) Where the head of a government institution intends to disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains or that the head of the institution has reason to believe might contain

(*a*) trade secrets of a third party,

(*b*) information described in paragraph 20(1)(*b*) that was supplied by a third party, or

(*c*) information the disclosure of which the head of the institution could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(*c*) or (*d*) in respect of a third party,

the head of the institution shall, subject to subsection (2), if the third party can reasonably be located, within thirty days after the request is received, give written notice to the third party of the request and of the fact that the head of the institution intends to disclose the record or part thereof.

[28] When a third party receives such a notice, it must be given the opportunity to make representations pursuant to s. 28 of the Act and the institution must then make a decision whether or not to disclose all or part of the record. Once again, the third party is given written notice of this decision and is accorded 20 days to request a review of it in the Federal Court, as provided for in s. 44. The text of ss. 28 and 44(1) are as follows:

**28.** (1) Where a notice is given by the head of a government institution under subsection 27(1) to a third party in respect of a record or a part thereof,

(*a*) the third party shall, within twenty days after the notice is given, be given the opportunity to make representations to the head of the institution as to why the record or the part thereof should not be disclosed; and

(*b*) the head of the institution shall, within thirty days after the notice is given, if the third party has been given an opportunity to make representations under paragraph (*a*), make a decision as to whether or not to disclose the record or the part thereof and give written notice of the decision to the third party.

**27.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document est tenu de donner au tiers intéressé, dans les trente jours suivant la réception de la demande, avis écrit de celle-ci ainsi que de son intention, si le document contient ou s'il est, selon lui, susceptible de contenir :

*a*) soit des secrets industriels d'un tiers;

*b*) soit des renseignements visés à l'alinéa 20(1)*b*) qui ont été fournis par le tiers;

*c*) soit des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)*c*) ou *d*).

La présente disposition ne vaut que s'il est possible de rejoindre le tiers sans problèmes sérieux.

[28] Après avoir donné un tel avis au tiers, le responsable de l'institution est tenu, selon l'art. 28 de la Loi, de lui donner la possibilité de présenter des observations, et de décider par la suite s'il communiquera le document, et, dans l'affirmative, si la communication sera totale ou partielle. Encore une fois, le tiers est avisé par écrit de la décision; il dispose alors d'un délai de 20 jours pour en solliciter le contrôle à la Cour fédérale, comme le prévoit l'art. 44. Voici le libellé de l'art. 28 et du par. 44(1) :

**28.** (1) Dans les cas où il a donné avis au tiers conformément au paragraphe 27(1), le responsable d'une institution fédérale est tenu :

*a*) de donner au tiers la possibilité de lui présenter, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle du document;

*b*) de prendre dans les trente jours suivant la transmission de l'avis, pourvu qu'il ait donné au tiers la possibilité de présenter des observations conformément à l'alinéa *a*), une décision quant à la communication totale ou partielle du document et de donner avis de sa décision au tiers.

(2) Representations made by a third party under paragraph (1)(*a*) shall be made in writing unless the head of the government institution concerned waives that requirement, in which case they may be made orally.

(3) A notice given under paragraph (1)(*b*) of a decision to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall include

(*a*) a statement that the third party to whom the notice is given is entitled to request a review of the decision under section 44 within twenty days after the notice is given; and

(*b*) a statement that the person who requested access to the record will be given access thereto or to the part thereof unless, within twenty days after the notice is given, a review of the decision is requested under section 44.

(4) Where, pursuant to paragraph (1)(*b*), the head of a government institution decides to disclose a record requested under this Act or a part thereof, the head of the institution shall give the person who made the request access to the record or the part thereof forthwith on completion of twenty days after a notice is given under that paragraph, unless a review of the decision is requested under section 44.

**44.** (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(1)(*b*) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

C. *Proceedings*

(1) Health Canada's Response to the Access to Information Requests

[29] Health Canada identified about 550 pages in response to the NDS access to information request. It reviewed those pages and concluded that approximately 30 of them contained confidential information that could not be disclosed under s. 20(1) of the Act. Health Canada redacted those pages in part. It also concluded that 15 pages did not contain confidential information, with the exception of some information on one page that it redacted, and disclosed those pages without first notifying or consulting Merck.

(2) Les observations prévues à l'alinéa (1)*a*) se font par écrit, sauf autorisation du responsable de l'institution fédérale quant à une présentation orale.

(3) L'avis d'une décision de donner communication totale ou partielle d'un document conformément à l'alinéa (1)*b*) doit contenir les éléments suivants :

*a*) la mention du droit du tiers d'exercer un recours en révision en vertu de l'article 44, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis;

*b*) la mention qu'à défaut de l'exercice du recours en révision dans ce délai, la personne qui a fait la demande recevra communication totale ou partielle du document.

(4) Dans les cas où il décide, en vertu de l'alinéa (1)*b*), de donner communication totale ou partielle du document à la personne qui en a fait la demande, le responsable de l'institution fédérale donne suite à sa décision dès l'expiration des vingt jours suivant la transmission de l'avis prévu à cet alinéa, sauf si un recours en révision a été exercé en vertu de l'article 44.

**44.** (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(1)*b*) ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

C. *Les procédures*

(1) La réponse de Santé Canada aux demandes d'accès à l'information

[29] Santé Canada a identifié quelque 550 pages répondant à la demande d'accès à l'information relative à la PDN. Après avoir examiné les pages en question, Santé Canada a conclu qu'environ 30 d'entre elles contenaient des renseignements de nature confidentielle qui ne pouvaient être divulgués, en application du par. 20(1) de la Loi, et a donc expurgé ces pages en partie. Santé Canada a aussi conclu que 15 pages ne contenaient aucun renseignement confidentiel, sauf quelques renseignements figurant dans une page qui avait été expurgée, et a communiqué celles-ci au demandeur sans donner de préavis à Merck et sans la consulter au préalable.

[30] Health Canada then notified Merck of the access to information request and of its intent to disclose part of the NDS record. It provided Merck with a copy of the over 500 still-undisclosed pages that it sought to disclose to the requester, some of which were partially redacted. By letter dated August 16, 2000, Health Canada specified that some of those pages had already been redacted pursuant to s. 20(1) of the Act, and that others may also be subject to s. 20(1), however they were unable to determine this at the time. It sought Merck's representations on the proposed disclosure pursuant to s. 27 of the Act. In particular, it asked Merck to explain which portions of the remaining record it considered to be confidential under s. 20(1), if any, and why. Merck responded on September 25, 2000. It took the position that, with the exception of the Product Monograph and some published studies, all of the information covered by the *ATI* request — including the already-disclosed pages — was exempt from disclosure under s. 20(1) of the Act.

[31] Health Canada considered Merck's response and redacted additional information from approximately 300 pages. Most of those pages were redacted in part, though some were withheld completely. Following these further redactions, approximately 490 pages were still at issue. On January 2, 2001, Health Canada sent Merck a second notice informing it of the additional redactions and enclosing the remaining 490 pages for Merck's review. Health Canada informed Merck that, if Merck continued to object to the redactions, it could file a request for judicial review before the Federal Court in accordance with s. 44 of the Act. Merck filed such a request for judicial review on January 19, 2001.

[32] With respect to the SNDS, Health Canada identified over 300 pages of information that were responsive to the access to information request. It

[30] Santé Canada a ensuite avisé Merck de la demande d'accès à l'information et de son intention de communiquer au demandeur une partie du dossier de la PDN. Santé Canada a remis à Merck une copie des quelque 500 pages qui, selon lui, devaient être communiquées au demandeur, mais qui ne l'avaient pas encore été, dont certaines étaient expurgées en partie. Dans une lettre datée du 16 août 2000, Santé Canada a précisé que certaines de ces pages avaient déjà été expurgées conformément au par. 20(1) de la Loi et que d'autres parties pourraient également être visées par le par. 20(1), mais qu'il n'était pas en mesure de l'établir pour l'instant. Santé Canada a invité Merck, en application de l'art. 27 de la Loi, à lui présenter des observations sur les renseignements qu'il entendait divulguer. Plus particulièrement, Santé Canada a demandé à Merck de lui indiquer les parties du reste du dossier qu'elle considérait comme confidentielles, le cas échéant, et donc visées par le par. 20(1), et de lui expliquer pourquoi il en était ainsi selon elle. Merck a donné sa réponse le 25 septembre 2000. Selon elle, exception faite de la monographie de produit et de certaines études qui avaient été publiées, tous les renseignements visés par la demande d'accès à l'information, y compris les pages déjà communiquées au demandeur, étaient soustraits à la divulgation en application du par. 20(1) de la Loi.

[31] Santé Canada a examiné la réponse de Merck et retranché des renseignements additionnels d'environ 300 pages. La plupart de ces pages ont été expurgées en partie, alors que d'autres ont été entièrement exclues. À la suite de ces expurgations supplémentaires, il restait environ 490 pages en litige. Le 2 janvier 2001, Santé Canada a envoyé à Merck un second avis l'informant des expurgations supplémentaires, auquel il a joint les 490 pages restantes afin que Merck puisse les examiner. Santé Canada a avisé Merck que si elle n'était toujours pas satisfaite des expurgations elle pouvait présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale en vertu de l'art. 44 de la Loi, ce qu'elle a fait le 19 janvier 2001.

[32] Santé Canada a identifié plus de 300 pages de renseignements répondant à la demande d'accès à l'information relative à la PSDN, concluant

concluded that about 60 of those pages contained confidential information that could not be disclosed under s. 20(1) of the Act. Those pages were redacted in part, or in a few cases deleted entirely. In addition, Health Canada concluded that eight pages contained no confidential information and could be disclosed to the requester directly. Health Canada disclosed those pages without advance notice to Merck.

[33] Health Canada notified Merck of the access to information request, provided a copy of about 300 pages and solicited Merck's submissions concerning their disclosure. Merck, as it had with respect to the NDS request, took the position that none of the pages could be disclosed, except for the Product Monograph and published studies. Health Canada replied by agreeing to some additional, partial redactions on about 45 pages and rejected the balance of Merck's objections. Merck then sent a further reply based on a review prepared by outside consultants. The review identified as exempt from disclosure all of the information that was not already publicly available and which had not been redacted by Health Canada. In particular, the consultants identified information which Merck had requested Health Canada to withhold (i.e. everything except the Product Monograph or a published study — which were otherwise publicly available), and which was not already published on the U.S. Food and Drug Administration ("FDA") website. Merck maintained that none of this unpublished information could be disclosed. It did, however, agree to the partial disclosure of a number of pages.

[34] In its second and final notice to Merck, Health Canada agreed to withhold additional details from about 10 more pages, but rejected the balance of Merck's objections. Health Canada informed Merck of its right to seek judicial review before the Federal Court in accordance with s. 44 of the Act. Merck filed a request for judicial review in the SNDS file on January 8, 2002.

qu'environ 60 de ces pages contenaient des renseignements de nature confidentielle qui ne pouvaient être divulgués en application du par. 20(1) de la Loi. Ces pages ont été expurgées en partie; quelques-unes ont même été retirées. De plus, Santé Canada a conclu que huit pages ne contenaient aucun renseignement confidentiel et pouvaient donc être communiquées directement au demandeur. Santé Canada a communiqué ces pages au demandeur sans donner de préavis à Merck.

[33] Santé Canada a avisé Merck de la demande d'accès à l'information, lui a remis une copie d'environ 300 pages et l'a invitée à lui présenter des observations sur leur communication. Comme elle l'avait fait à l'égard de la PDN, Merck a affirmé qu'aucune des pages ne pouvait être communiquée, sauf dans le cas de la monographie de produit et des études publiées. Santé Canada lui a répondu qu'elle acceptait d'expurger davantage, du moins en partie, environ 45 pages, mais qu'elle rejetait ses autres objections. En réponse, Merck a fourni une analyse fondée sur une étude réalisée par des experts-conseils indépendants, selon laquelle tous les renseignements qui n'avaient pas encore été rendus publics et que Santé Canada n'avait pas retranchés étaient soustraits à la divulgation. Plus précisément, les experts-conseils ont identifié les renseignements que Merck avait demandé à Santé Canada de retrancher des pages en question (c.-à-d. tout sauf la monographie de produit ainsi qu'une étude publiée — qui, de toute façon, étaient déjà accessibles au public) et que la Food and Drug Administration des États-Unis (« FDA ») n'avait pas encore rendus publics par le biais de son site Web. Merck maintenait qu'aucun de ces renseignements non publiés ne pouvait être divulgué. Elle a toutefois consenti à la communication partielle d'un certain nombre de pages.

[34] Dans son deuxième et dernier avis à Merck, Santé Canada a accepté de retrancher des détails supplémentaires d'environ 10 autres pages, mais a rejeté ses autres objections. Santé Canada a informé Merck de son droit de présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale en vertu de l'art. 44 de la Loi, ce qu'elle a fait dans le dossier de la PSDN le 8 janvier 2002.

[35] Merck maintained throughout the proceedings that Health Canada did not conduct a sufficiently detailed review of the documents before giving it the notices, while Health Canada maintained that Merck's submissions did not address the exemptions it claimed specifically enough.

(2) Proceedings in the Federal Courts

[36] The initial NDS judicial review was heard in the Federal Court before Harrington J., but the Federal Court of Appeal set aside his decision and directed a new hearing. The new hearing of that judicial review was heard in the Federal Court at the same time as the SNDS judicial review application. Both decisions were appealed to the Federal Court of Appeal. There are thus five decisions leading to the appeals now before the Court and I will briefly summarize them.

(a) *First Federal Court Decision, 2004 FC 959, [2005] 1 F.C.R. 587*

[37] The first decision pertains solely to Merck's application for judicial review in relation to the NDS disclosure. Harrington J. allowed the application in part. He was of the opinion that Health Canada could not disclose any of the NDS record without prior notice to Merck. Further, apart from the one document called the Notice of Compliance, which is a public document published upon approval of the drug, Harrington J. found that although some of the information contained in the record was available in the public domain, it was not available "as such" and therefore remained confidential and should be exempted from disclosure (paras. 53 and 58). In addition, he held that this case was not a case where severance of the confidential information was reasonable. Accordingly, he ordered that no part of the record apart from the Notice of Compliance could be disclosed as, in his view, it was exempt from disclosure pursuant to s. 20(1)(*b*) of the Act. He did not include in his reasons any analysis of ss. 20(1)(*a*) or 20(1)(*c*).

[35] Merck a toujours maintenu que Santé Canada n'a pas examiné les documents de façon assez approfondie avant de lui donner les préavis, tandis que Santé Canada fait valoir que les observations de Merck ne traitaient pas de façon suffisamment précise des exceptions qu'elle invoquait.

(2) Procédures devant les cours fédérales

[36] Le juge Harrington de la Cour fédérale a procédé au premier contrôle judiciaire concernant la PDN, mais la Cour d'appel fédérale a annulé sa décision et ordonné une nouvelle audition. La Cour fédérale a procédé en même temps à la nouvelle audition de ce contrôle judiciaire et à l'audition du contrôle judiciaire concernant la PSDN. Les deux décisions qu'elle a rendues à ces égards ont été portées en appel devant la Cour d'appel fédérale. Ainsi, cinq décisions sont à l'origine des pourvois dont la Cour est saisie, et je vais les résumer brièvement.

a) *Première décision de la Cour fédérale, 2004 CF 959, [2005] 1 R.C.F. 587*

[37] La première décision ne porte que sur la demande de contrôle judiciaire présentée par Merck relativement à la divulgation de renseignements contenus dans la PDN. Le juge Harrington a accueilli la demande en partie. Selon lui, Santé Canada ne pouvait communiquer aucune partie du dossier de la PDN sans donner de préavis à Merck. De plus, il a estimé que, mis à part le document appelé l'avis de conformité, qui est rendu public une fois la drogue approuvée, même si certains des renseignements contenus dans le dossier étaient accessibles au public, ils ne l'étaient pas « comme tel[s] » et, par conséquent, ils demeuraient confidentiels et devaient être soustraits à la divulgation (par. 53 et 58). En outre, il a jugé que l'affaire n'en était pas une où le prélèvement des renseignements confidentiels ne posait pas de problèmes sérieux. Il a donc ordonné qu'aucune partie du dossier, outre l'avis de conformité, ne pouvait être communiquée, car, selon lui, le dossier était visé par l'exception prévue à l'al. 20(1)*b*) de la Loi. Les motifs qu'il a exposés ne comprenaient aucune analyse des al. 20(1)*a*) et *c*) de la Loi.

(b) *First Appeal, 2005 FCA 215, [2006] 1 F.C.R. 379*

[38] The Minister of Health appealed and a unanimous Federal Court of Appeal overturned Harrington J.'s decision. Desjardins J.A. found that Harrington J. erred in law in his interpretation of s. 20(1)(*b*). The Court of Appeal decided that rather than undertaking its own analysis of the records, the interests of justice would be better served by remitting the matter to the Federal Court.

(c) *Rehearing of NDS Judicial Review and SNDS Judicial Review, 2006 FC 1201 (CanLII) and 2006 FC 1200, 301 F.T.R. 241*

[39] The reviewing judge, Beaudry J., heard both the rehearing relating to the NDS (2006 FC 1201) and the SNDS application (2006 FC 1200). Merck sought two remedies: a declaratory order with regard to the lawfulness of the procedure followed by Health Canada in processing the request for access to information and an order prohibiting the disclosure of the NDS and SNDS records.

[40] Turning first to the lawfulness of the process, Merck took issue with the disclosure of some of the record without being notified and objected to the fact that Health Canada had imposed on it the onus of showing why disclosure should be refused without having conducted its own genuine and thorough review. Health Canada argued that Merck could not ask for a declaratory order regarding the decision to disclose without notice because that decision was not properly before the court. The reviewing judge disagreed and held that the court should rule on the matter because not only were the issues serious, but also it would avoid the multiplication of decisions pertaining to the same access to information request. He also held that it was unrealistic to separate the process followed by Health Canada from the substance of the final decision. He held that the disclosure of some of the record without prior notice to the third party contravened

b) *Premier appel, 2005 CAF 215, [2006] 1 R.C.F. 379*

[38] Le ministre de la Santé s'est pourvu en appel contre la décision du juge Harrington, que la Cour d'appel fédérale a infirmée dans un jugement unanime. Selon la juge Desjardins, le juge Harrington a commis une erreur de droit en interprétant l'al. 20(1)*b*). La Cour d'appel fédérale a décidé que les intérêts de la justice seraient mieux servis si elle renvoyait l'affaire à la Cour fédérale, au lieu de faire sa propre analyse des documents visés.

c) *Nouvelle audition du contrôle judiciaire concernant la PDN et audition du contrôle judiciaire concernant la PSDN, 2006 CF 1201 (CanLII) et 2006 CF 1200 (CanLII)*

[39] Le juge siégeant en révision, le juge Beaudry, a procédé à la fois à la nouvelle audition relative à la PDN (2006 CF 1201) et à l'audition de la demande concernant la PSDN (2006 CF 1200). Merck sollicitait deux redressements, à savoir une ordonnance déclaratoire sur la légalité de la procédure suivie par Santé Canada pour traiter la demande d'accès à l'information et une ordonnance interdisant la communication des documents relatifs à la PDN et à la PSDN.

[40] En ce qui concerne tout d'abord la légalité du processus, Merck a réprouvé le fait que le dossier ait été partiellement communiqué sans qu'elle n'ait reçu de préavis, et elle a reproché à Santé Canada de lui avoir imposé le fardeau de démontrer pourquoi la communication devait être refusée sans même que Santé Canada n'ait effectué lui-même un véritable examen approfondi. Santé Canada a soutenu que Merck ne pouvait solliciter d'ordonnance déclaratoire concernant sa décision de divulguer des renseignements sans lui donner de préavis parce que la cour n'avait pas été dûment saisie de cette décision. Ne partageant pas cet avis, le juge siégeant en révision a conclu que la cour devait se pencher sur l'affaire non seulement parce que les questions en cause étaient graves, mais aussi parce que cela permettrait d'éviter la multiplication des décisions relatives à la même demande d'accès à l'information. Il a également dit qu'il n'était pas réaliste de dissocier

the spirit or scheme of s. 20(1) of the Act. Given the potentially irreparable harm to third parties, disclosure without prior notice should not have occurred. The reviewing judge made this finding and concluded that Merck was entitled to declaratory orders in both cases.

[41] The reviewing judge then turned to consider disclosure of the records. By the time he heard the NDS and SNDS matters, Health Canada had agreed to further redactions via affidavits so that the number of pages in issue was reduced to approximately 235 for the NDS request and 135 pages for the SNDS request. For the NDS request, the reviewing judge found that over 170 pages were exempted from disclosure pursuant to s. 20(1), while approximately 65 pages could be disclosed. For the SNDS request, he found that almost 60 pages were exempted pursuant to s. 20(1), and that the remaining pages could be disclosed.

[42] With respect to the NDS records, the reviewing judge found that three paragraphs of s. 20(1) were implicated. He found that some of the records were exempted from disclosure because they contained trade secrets (s. 20(1)(*a*)), confidential information (s. 20(1)(*b*)) or information that if disclosed could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to Merck or prejudice its competitive position (s. 20(1)(*c*)). The reviewing judge was of the view that, where the information contained in the record is more detailed than what is available in the public domain, it may be possible to resist disclosure based on the s. 20(1)(*c*) exemption. He held that in several instances Health Canada had wrongly applied the severance provision in s. 25; he was of the view that the material that was not exempt could not reasonably be severed from the material that was exempt.

le processus suivi par Santé Canada du fond de la décision définitive. Selon lui, la communication partielle du dossier sans préavis au tiers était contraire à l'esprit et à l'économie du par. 20(1) de la Loi. Étant donné le préjudice irréparable que le processus pouvait causer à des tiers, la communication sans préavis n'aurait pas dû avoir lieu. Le juge est parvenu à cette conclusion et a déclaré que Merck avait droit aux ordonnances déclaratoires dans les deux cas.

[41] Le juge siégeant en révision s'est ensuite penché sur la communication des documents. À l'époque où il a instruit les affaires mettant en cause la PDN et la PSDN, Santé Canada avait déjà consenti à faire d'autres expurgations par le biais d'affidavits, réduisant ainsi le nombre de pages en litige à environ 235 dans le cas de la demande relative à la PDN et à 135 en ce qui concerne la demande visant la PSDN. Pour ce qui est de la PDN, le juge a conclu que plus de 170 pages étaient soustraites à la communication selon le par. 20(1) tandis qu'environ 65 pages pouvaient être communiquées au demandeur. Pour ce qui est de la PSDN, il a conclu que presque 60 pages étaient soustraites à la communication selon le par. 20(1) et que les autres pages pouvaient être communiquées au demandeur.

[42] En ce qui concerne les documents afférents à la PDN, le juge siégeant en révision a conclu que trois des alinéas du par. 20(1) étaient en jeu. Selon lui, certains des documents étaient soustraits à la communication parce qu'ils contenaient des secrets industriels (al. 20(1)*a*)), des renseignements de nature confidentielle (al. 20(1)*b*)) ou des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers à Merck ou de nuire à sa compétitivité (al. 20(1)*c*)). Le juge était d'avis que, dans les cas où les renseignements contenus dans le document étaient plus détaillés que ceux qui faisaient partie du domaine public, il était possible de s'opposer à leur divulgation sur le fondement de l'al. 20(1)*c*). Il a conclu que, dans plusieurs cas, Santé Canada avait mal appliqué la disposition en matière de prélèvement de renseignements qui figure à l'art. 25. À son avis, les renseignements qui n'étaient pas soustraits à la divulgation ne pouvaient être dissociés de ceux qui l'étaient sans que cela ne pose de problèmes sérieux.

[43] In the SNDS file, the reviewing judge found that some information should be exempted pursuant to s. 20(1)(*b*) and (*c*), but found no trade secrets in these records.

(d) *Second and Third Appeals and Cross-Appeals, 2009 FCA 166, 400 N.R. 1*

[44] For both the NDS and SNDS judgments, Health Canada appealed and Merck cross-appealed. The Federal Court of Appeal heard the two appeals and cross-appeals concurrently and delivered one judgment for all of them. Desjardins J.A., writing for a unanimous court, found that the reviewing judge made several legal errors. The Court of Appeal allowed the appeals and dismissed the cross-appeals, holding that all of the remaining pages at issue for both the NDS and SNDS should be disclosed.

[45] With respect to the requirement to give notice, the Court of Appeal held that the obligation only arises if a record contains, or the head of the government institution has reason to believe that it might contain, information described in s. 20(1) of the Act. Contrary to the opinion of the reviewing judge, the Court of Appeal held that disclosure of records without prior notice to the third party does not contravene the text or spirit of the Act.

[46] With respect to the s. 20(1)(*a*) exemption for trade secrets, the Court of Appeal was of the opinion that the term "trade secrets" should be interpreted narrowly and that when determining whether information constitutes a trade secret, a high threshold applies. The Court of Appeal found that the reviewing judge had failed to present any analysis in support of his decision to exclude some pages based on this exemption.

[43] Enfin, dans le dossier de la PSDN, le juge siégeant en révision a conclu que certains renseignements devaient être soustraits à la divulgation en application des al. 20(1)*b*) et *c*), mais il n'a pas relevé de secrets industriels dans les documents en question.

d) *Deuxième et troisième appels et appels incidents, 2009 CAF 166 (CanLII)*

[44] Santé Canada a porté en appel le jugement sur la demande relative à la PDN et celui sur la PSDN, et Merck a formé un appel incident dans l'un et l'autre cas. La Cour d'appel fédérale a entendu en même temps les deux appels ainsi que les deux appels incidents, qu'elle a tous tranchés dans un seul jugement. S'exprimant au nom de la cour à l'unanimité, la juge Desjardins a conclu que le juge siégeant en révision avait commis plusieurs erreurs de droit. La Cour d'appel fédérale a accueilli les appels et rejeté les appels incidents, jugeant que les pages toujours en litige tant dans le cas de la PDN que dans celui de la PSDN devaient toutes être communiquées.

[45] Pour ce qui est de l'obligation de donner un préavis, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'elle ne prenait naissance que si le document en cause contenait des renseignements visés au par. 20(1) de la Loi ou le responsable de l'institution avait des raisons de croire qu'il était susceptible d'en contenir. Contrairement au juge siégeant en révision, la Cour d'appel fédérale a conclu que la communication de documents sans préavis au tiers ne contrevenait ni au texte, ni à l'esprit de la Loi.

[46] Quant à l'exception prévue à l'al. 20(1)*a*) pour les secrets industriels, la Cour d'appel fédérale a estimé que le terme « secrets industriels » devait recevoir une interprétation restrictive et qu'il convenait d'appliquer un critère exigeant pour trancher la question de savoir si les renseignements constituaient pareils secrets. Selon la Cour d'appel fédérale, le juge siégeant en révision n'a présenté aucune analyse pour étayer sa décision d'exclure certaines pages sur le fondement de cette exception.

[47] With respect to the s. 20(1)(*b*) and (*c*) exemptions for confidential information, the Court of Appeal held that there must be direct and objective evidence that the information is confidential in order for either exemption to apply. Merck, in the view of the Court of Appeal, did not provide sufficient evidence to meet its "heavy" burden (para. 62). Accordingly, the reviewing judge erred in refusing to order disclosure of the requested information pursuant to s. 20(1)(*b*). The Court of Appeal also found that Merck's evidence relating to s. 20(1)(*c*) "remain[ed] vague, speculative and silent as to specifically how and why the disclosure of the requested information would be likely to bring about the harm alleged by Merck Frosst" (para. 93; see also para. 99). Thus, the Court of Appeal held that the reviewing judge erred in fact and law when he refused to order the disclosure of information pursuant to the s. 20(1)(*c*) exemption.

[48] Finally, the Court of Appeal concluded that the reviewing judge had failed in his obligation to ensure compliance with s. 25 of the Act and to explain why severance was not reasonable. The court also concluded that the reviewing judge erred in law when he substituted his own discretion for that exercised by the head of the government institution where there was no evidence that the head of the institution's assessment was incorrect.

D. *Issues*

[49] I will first address the general issues of principle and then turn to the issues relating to particular claims for exemption.

[50] The general issues are these:

(i) What is the standard of appellate review and did the Federal Court of Appeal err in this regard?

[47] En ce qui concerne les exceptions prévues aux al. 20(1)*b*) et *c*) pour les renseignements de nature confidentielle, la Cour d'appel fédérale a conclu que leur application dépendait de l'existence d'une preuve directe et objective de la nature confidentielle des renseignements. Selon la Cour d'appel fédérale, Merck n'avait pas produit une preuve suffisante pour s'acquitter du « lourd » fardeau qui lui incombait à cet égard (par. 62). C'est donc à tort que le juge siégeant en révision a refusé d'ordonner la divulgation des renseignements visés, en application de l'al. 20(1)*b*). La Cour d'appel fédérale a également conclu que les éléments de preuve présentés par Merck à l'égard de l'al. 20(1)*c*) « demeur[aient] vagues, spéculatifs et silencieux sur précisément comment et pourquoi la divulgation des renseignements demandés entraîner[ait] de façon probable le préjudice allégué par Merck Frosst » (par. 93; voir aussi le par. 99). La Cour d'appel fédérale a donc conclu que le juge s'était trompé tant sur les faits que sur le droit en refusant d'ordonner la divulgation des renseignements au titre de l'exception prévue à l'al. 20(1)*c*).

[48] Enfin, la Cour d'appel fédérale a conclu que le juge siégeant en révision avait manqué à son obligation de veiller à ce que l'art. 25 de la Loi soit respecté et d'expliquer pourquoi il n'était pas raisonnable de penser que certains renseignements pouvaient être prélevés des documents en cause. La cour a également conclu que le juge siégeant en révision avait commis une erreur de droit en substituant son propre pouvoir discrétionnaire à celui exercé par le responsable de l'institution en l'espèce alors que rien ne prouvait que ce dernier avait fait une mauvaise appréciation du dossier.

D. *Questions en litige*

[49] J'examinerai d'abord les questions de principe générales avant de passer aux questions se rapportant aux exceptions invoquées en l'espèce.

[50] Voici les questions générales :

(i) Quelle norme de contrôle faut-il appliquer en appel, et la Cour d'appel fédérale s'est-elle trompée à cet égard?

(ii) What is the threshold for triggering the institutional head's duty to give a third party notice of the access to information request and what sort of review of the record is required of the head of the institution in deciding whether or not to give notice?

(iii) What are the applicable burden and standard of proof on a third party claiming a s. 20(1) exemption?

[51] After considering these issues I will turn to the principles relating specifically to the s. 20(1)(*a*), (*b*) and (*c*) exemptions and to the severance provision in s. 25.

III. Analysis

A. *General Issues*

(1) What Is the Standard of Appellate Review and Did the Federal Court of Appeal Err in This Regard?

[52] Merck submits that the Federal Court of Appeal erred in the standard of review it applied in these cases. The Court of Appeal, it argues, intervened based on its own reassessment of the evidence and in the absence of any reversible error on the part of the reviewing judge. The respondent, Health Canada, accepts that the Federal Court of Appeal had to apply the usual standards of appellate review but it contests Merck's position that the Court of Appeal failed to do so.

[53] There are no discretionary decisions by the institutional head at issue in this case. Under s. 51 of the Act, the judge on review is to determine whether "the head of a government institution is required to refuse to disclose a record" and, if so, the judge must order the head not to disclose it. It follows that when a third party, such as Merck in this case, requests a "review" under s. 44 of the Act by the Federal Court of a decision by a head of a government institution to disclose all or part of a record, the Federal Court judge is to determine whether the institutional head has

(ii) Quel est le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation du responsable de l'institution d'aviser un tiers de la demande d'accès à l'information et quel examen du dossier doit-il faire pour décider s'il doit ou non donner cet avis?

(iii) Quels sont le fardeau et la norme de preuve applicables dans le cas d'un tiers qui invoque une exception prévue au par. 20(1)?

[51] Après avoir examiné ces questions, je me pencherai sur les principes propres aux exceptions prévues aux al. 20(1)*a*), *b*) et *c*) et à la disposition en matière de prélèvement de renseignements qui figure à l'art. 25.

III. Analyse

A. *Questions en litige générales*

(1) Quelle norme de contrôle faut-il appliquer en appel, et la Cour d'appel fédérale s'est-elle trompée à cet égard?

[52] Merck soutient que la Cour d'appel fédérale a appliqué la mauvaise norme de contrôle dans ces affaires. Selon elle, la Cour d'appel fédérale a fondé son intervention sur sa propre appréciation de la preuve et en l'absence d'une quelconque erreur du juge siégeant en révision susceptible d'entraîner l'annulation de sa décision. L'intimé, Santé Canada, reconnaît que la Cour d'appel fédérale devait appliquer les normes ordinaires de révision en appel, mais il conteste la position de Merck qu'elle ne l'a pas fait.

[53] Aucune décision discrétionnaire du responsable de l'institution n'est en cause dans la présente affaire. Selon l'art. 51 de la Loi, le juge siégeant en révision doit décider si « le responsable [de l']institution fédérale est tenu de refuser la communication [. . .] d'un document » et, dans l'affirmative, il doit ordonner à ce dernier de ne pas le communiquer. Il s'ensuit que dans les cas où un tiers, telle Merck en l'espèce, demande à la Cour fédérale, en vertu de l'art. 44 de la Loi, de « contrôler » la décision du responsable de l'institution de communiquer tout ou partie d'un document, le juge

correctly applied the exemptions to the records in issue: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66, at para. 19; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306, at para. 22. This review has sometimes been referred to as *de novo* assessment of whether the record is exempt from disclosure: see, e.g., *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245 (F.C.T.D.), at pp. 265-66; *Merck Frosst Canada & Co. v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FC 1422 (CanLII), at para. 3; *Dagg*, at para. 107. The term "*de novo*" may not, strictly speaking, be apt; there is, however, no disagreement in the cases that the role of the judge on review in these types of cases is to determine whether the exemptions have been applied correctly to the contested records. Sections 44, 46 and 51 are the most relevant statutory provisions governing this review.

de la Cour fédérale doit déterminer si ce dernier a correctement appliqué les exceptions aux documents visés : *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 R.C.S. 66, par. 19; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306, par. 22. Ce processus a parfois été qualifié d'examen *de novo* de la question de savoir si le document en cause est soustrait à la communication : voir, p. ex., *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. nº 453 (QL) (1re inst.), par. 29-30; *Merck Frosst Canada & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1422 (CanLII), par. 3; *Dagg*, par. 107. Le terme « *de novo* » n'est peut-être pas, à proprement parler, celui qu'il convient d'utiliser; toutefois, il n'y a aucun désaccord dans ces affaires quant au rôle du juge siégeant en révision dans un tel contexte : il doit décider si les exceptions ont été correctement appliquées relativement aux documents en cause. Les articles 44, 46 et 51 sont les dispositions législatives les plus pertinentes qui s'appliquent au présent contrôle.

[54] The decision of the judge conducting a review under the Act, which will often have a significant factual component, is subject to appellate review in accordance with the principles set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, and *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, at para. 23.

[54] La décision du juge qui, en application de la Loi, procède à un examen, qui aura souvent un volet factuel important, peut faire l'objet d'une révision en appel conformément aux principes exposés dans *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, et *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, par. 23.

[55] The Federal Court of Appeal correctly set out the standard of review (para. 25). Did it err in applying that standard? In my view, it did not. As I will explain in more detail in my analysis of each exemption provision, the reviewing judge did not make findings of fact and failed either to state the applicable legal principles or to explain how the legal principles applied to the facts before him or, in some cases, both. Generally, he gave no indication of the legal and factual findings that took him to his conclusions. His conclusions are not explicable when the documents and the evidence are reviewed. The Court of Appeal was therefore entitled to intervene and to carry out its own assessment of

[55] La Cour d'appel fédérale a expliqué correctement la norme de contrôle (par. 25). A-t-elle fait erreur en appliquant cette norme? Je ne le pense pas. Comme je l'expliquerai plus en détail dans mon analyse de chaque disposition prévoyant une exception, le juge siégeant en révision n'a pas tiré de conclusions de fait, et il a omis soit d'énoncer les principes juridiques applicables, soit d'expliquer comment les principes juridiques s'appliquaient aux faits de l'espèce; dans certains cas, il n'a fait ni l'un ni l'autre. En gros, il a omis d'exposer les conclusions juridiques et factuelles qui l'ont amené à ses conclusions. Ses conclusions ne résistent pas à un examen des documents et de la preuve. La Cour

whether the reviewing judge had correctly applied the exemptions to the records. It would have been open to the Court of Appeal to remit the matter to the Federal Court for reconsideration by a judge of first instance. However, in light of the fact that this had already been done once in the NDS file, my view is the Court of Appeal was right to conduct its own assessment.

[56] The Federal Court of Appeal did not simply fault the reviewing judge for failing to provide a detailed explanation of every conclusion or for failing to make his reasoning more explicit. The Federal Court of Appeal intervened because the reviewing judge made no findings of fact in the face of conflicting evidence, and generally provided no explanation of the applicable legal principles or how or why they applied to the disputed documents. The Court of Appeal did not err in doing so.

(2) What Is the Threshold for Triggering the Institutional Head's Duty to Give a Third Party Notice of the Access Request and What Sort of Review of the Record Is Required in Deciding to Give Notice?

[57] I briefly reviewed the notice provisions earlier. Before disclosing certain types of third party information, the head of a government institution must make every reasonable effort to give that third party written notice of the request for disclosure, except where the third party has waived the notice requirement. Unless the third party consents to disclosure, the head must also give the third party an opportunity to make representations as to why the record or part of it should not be disclosed (ss. 27(1), 27(2) and 28).

[58] These appeals, strictly speaking, relate to judicial review applications of the institutional

d'appel fédérale pouvait donc intervenir et faire sa propre appréciation de la question de savoir si le juge siégeant en révision avait correctement appliqué les exceptions aux documents en cause. Elle aurait pu renvoyer l'affaire à la Cour fédérale pour qu'un autre juge de première instance l'examine à son tour. Cependant, compte tenu du fait que cela avait déjà été fait une fois dans le dossier se rapportant à la PDN, j'estime que la Cour d'appel fédérale a eu raison de faire sa propre appréciation du dossier.

[56] La Cour d'appel fédérale n'a pas simplement conclu que le juge siégeant en révision avait commis une erreur en omettant d'expliquer en détail chacune de ses conclusions ou d'exposer son raisonnement de manière plus explicite. Elle est intervenue parce que le juge siégeant en révision, devant des preuves contradictoires, n'a pas tiré de conclusions de fait, et, de façon générale, n'a fourni aucune explication sur les principes juridiques applicables ou sur la question de savoir comment ou pourquoi ces derniers s'appliquaient aux documents en cause. La Cour d'appel fédérale n'a pas commis d'erreur en agissant ainsi.

(2) Quel est le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation du responsable de l'institution d'aviser un tiers de la demande d'accès et quel examen du dossier doit-il faire pour décider s'il doit donner cet avis?

[57] J'ai déjà analysé brièvement les dispositions en matière de préavis. Avant de divulguer certains types de renseignements d'un tiers, le responsable de l'institution doit faire tous les efforts raisonnables pour aviser par écrit le tiers de la demande qui lui a été présentée, sauf si ce dernier a renoncé à l'avis. À moins que le tiers ne consente à la divulgation, le responsable doit également lui donner la possibilité de présenter des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle du document (par. 27(1) et (2) et art. 28).

[58] Les présents pourvois se rapportent, à proprement parler, aux demandes de contrôle judiciaire

head's decisions to release information in response to two access to information requests. It follows that the focus is on the decisions to disclose. However, the parties have made extensive submissions about how the notice provisions in ss. 27 and 28 of the Act ought to be applied. In light of the importance of the issues and the fact that both parties have made extensive submissions on the notice provisions, I will address them.

[59] There are two main issues about this notice scheme. The first relates to the threshold for triggering the head's obligation to give notice to the third party and the second to the nature of the head's obligation to examine the record before deciding whether or not notice is required.

(a) *The Threshold for Notice Under Section 27(1)*

[60] As noted earlier, s. 27(1) of the Act specifies when the head of the government institution must make reasonable efforts to give notice to a third party. (I will simply refer to this as the notice requirement.) For convenience, the text of the provision as it read at the time of the applications is as follows:

**27.** (1) Where the head of a government institution intends to disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains or that the head of the institution has reason to believe might contain

(*a*) trade secrets of a third party,

(*b*) information described in paragraph 20(1)(*b*) that was supplied by a third party, or

(*c*) information the disclosure of which the head of the institution could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(*c*) or (*d*) in respect of a third party,

visant les décisions du responsable de l'institution en l'espèce de divulguer des renseignements en réponse à deux demandes d'accès à l'information. L'accent est donc mis sur les décisions de divulguer des renseignements. Les parties ont cependant argumenté abondamment sur la façon dont il convient d'appliquer les dispositions en matière de préavis qui figurent aux art. 27 et 28 de la Loi. Étant donné l'importance de ces questions et le fait que les deux parties ont argumenté abondamment sur ces dispositions, je les examinerai.

[59] Ce régime de notification soulève deux questions principales. La première est de savoir quel est le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation du responsable de l'institution de donner un préavis au tiers, et la deuxième porte sur la nature de l'obligation du responsable d'examiner le document avant de décider s'il doit ou non donner ce préavis.

a) *Le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation de donner l'avis prévu au par. 27(1)*

[60] Comme je l'ai déjà souligné, le par. 27(1) de la Loi précise dans quelles circonstances le responsable de l'institution doit faire des efforts raisonnables pour donner l'avis au tiers. (Je me contenterai de faire référence à l'obligation de donner l'avis.) Par souci de commodité, j'ai reproduit ci-après la disposition telle qu'elle était libellée à l'époque des demandes :

**27.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document est tenu de donner au tiers intéressé, dans les trente jours suivant la réception de la demande, avis écrit de celle-ci ainsi que de son intention, si le document contient ou s'il est, selon lui, susceptible de contenir :

*a*) soit des secrets industriels d'un tiers;

*b*) soit des renseignements visés à l'alinéa 20(1)*b*) qui ont été fournis par le tiers;

*c*) soit des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)*c*) ou *d*).

the head of the institution shall, subject to subsection (2), if the third party can reasonably be located, within thirty days after the request is received, give written notice to the third party of the request and of the fact that the head of the institution intends to disclose the record or part thereof.

[61] In this case, the Health Canada head disclosed some documentation without giving notice to Merck. Merck complains that it should have been given notice before any disclosure was made. In the Federal Court, the reviewing judge (after dealing with a number of procedural arguments that are not in issue before this Court) found that this disclosure without prior notice contravened the spirit of the legislation. Since disclosure without notice could result in irreparable harm to the third party concerned, such disclosure should not have taken place (2006 FC 1201, at para. 64). The Federal Court of Appeal disagreed. It found that s. 27(1) requires notice only if the record contains or might contain information the disclosure of which is prohibited by s. 20(1). In the Court of Appeal's view, both the object of the Act as articulated in s. 2 and the contextual and grammatical analysis of s. 27(1) favour this conclusion.

[62] Before this Court, Merck argues that the Federal Court of Appeal's decision has the effect of unduly limiting the scope of the s. 20(1) exemptions by narrowing the procedural right conferred on third parties by s. 27. Merck suggests that the test for giving notice and the test for actually applying the exemption must be different. To have procedural fairness in this legislative scheme, s. 27(1) must set a low threshold for notice to affected parties. Merck therefore maintains that certain categories of records, because of their nature, should automatically trigger a right to notice. In its view, NDS and SNDS records, in light of the confidentiality and competitive value of the information they contain, fall within such a category where notice is required.

[63] In my view, the text of the statute and the considerations identified by the reviewing judge

La présente disposition ne vaut que s'il est possible de rejoindre le tiers sans problèmes sérieux.

[61] En l'espèce, le responsable de Santé Canada a communiqué certains documents sans donner de préavis à Merck. Or, Merck soutient qu'elle aurait dû recevoir un tel préavis avant la communication de quelque document que ce soit. En Cour fédérale, le juge siégeant en révision (après avoir tranché un certain nombre d'arguments procéduraux dont nous ne sommes pas saisis) a conclu que cette communication sans préavis contrevenait à l'esprit de la Loi. Selon lui, la communication des documents sans préavis n'aurait pas dû avoir lieu, car une telle façon de faire pouvait causer un préjudice irréparable au tiers (2006 CF 1201, par. 64). La Cour d'appel fédérale n'était pas de cet avis, estimant que le par. 27(1) n'oblige le responsable à donner l'avis que si le document visé contient ou est susceptible de contenir des renseignements dont la divulgation est interdite par le par. 20(1). Toujours selon la Cour d'appel fédérale, tant l'objet de la Loi énoncé à l'art. 2 que l'analyse contextuelle et grammaticale des termes utilisés au par. 27(1) appuient cette conclusion.

[62] Merck soutient devant notre Cour que la décision de la Cour d'appel fédérale a eu pour effet de limiter indûment la portée des exceptions prévues au par. 20(1) en restreignant le droit procédural que l'art. 27 accorde aux tiers. Selon elle, le critère en matière de préavis et celui régissant l'application de l'exception doivent différer. L'équité procédurale au sein de ce régime législatif n'est possible que si le par. 27(1) établit un seuil peu élevé en ce qui concerne le préavis aux parties intéressées. Merck maintient donc que certains types de documents, de par leur nature, donnent automatiquement droit au préavis. À son avis, compte tenu de la nature confidentielle et de la valeur concurrentielle des renseignements qu'ils contiennent, les documents afférents à la PDN et à la PSDN relèvent d'une catégorie de documents donnant droit au préavis.

[63] À mon avis, il ressort du texte de la Loi et des considérations décrites par le juge siégeant en

and by Merck in its submissions support a fairly low threshold to trigger the obligation to give notice. However, I do not accept Merck's submission that there is any "automatic" right to notice with respect to certain categories of records. Such a right to automatic notice is not supported by the text or purpose of the provisions or by the jurisprudence that has interpreted them.

[64] Following the modern approach to statutory interpretation, the words of a provision 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: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. The grammatical and ordinary sense of s. 27(1) makes plain that notice is required only if certain conditions are met in the particular circumstances. The section does not refer to particular categories of documents but rather to particular types of information that are or may be contained in records otherwise subject to disclosure. The subsection sets out specific conditions precedent for engaging the notice requirement. As the Federal Court Trial Division put it in words that were endorsed by the Federal Court of Appeal: "The essential condition precedent to the issuance of the notice is that the respondent has reason to believe the disclosure of the record might be contrary to his obligation under section 20 not to disclose records" (*Twinn v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1987] 3 F.C. 368, at p. 373, aff'd (1987), 80 N.R. 263). To the same effect, MacKay J. put it this way in *Air Atonabee*, at p. 257: ". . . the Act does not require notice to a third party before disclosure of information relating to that party, except in the circumstances set out in [s. 27(1)]".

[65] While this precise issue has not been decided by this Court, the approach taken in *Twinn* and *Air Atonabee* is consistent with comments on this subject by both the majority and dissenting

révision et par Merck dans ses observations que le seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation de donner l'avis est assez peu élevé. Je ne retiens cependant pas l'argument de Merck qu'il existe un quelconque droit « automatique » au préavis dans le cas de certains types de documents. Ni le libellé des dispositions en cause ni leur objet, pas plus que les décisions des tribunaux qui les ont interprétées, ne donnent à penser qu'un tel droit existe.

[64] Selon la méthode moderne d'interprétation des lois, il faut lire les termes d'une disposition dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec le régime prévu par la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Or, il ressort clairement du sens ordinaire et grammatical des termes utilisés au par. 27(1) qu'il ne faut donner l'avis que si certaines conditions sont réunies dans les circonstances particulières en cause. Ce paragraphe ne mentionne pas de catégories particulières de documents; il fait plutôt référence à des types particuliers de renseignements contenus ou susceptibles d'être contenus dans des documents qui par ailleurs peuvent être communiqués. Il énonce également des conditions préalables bien précises à l'application de l'obligation de donner l'avis. Comme la Section de première instance de la Cour fédérale l'a dit dans des termes auxquels a souscrit la Cour d'appel fédérale, « [l]a condition essentielle préalable à l'émission de l'avis est que l'intimé a lieu de croire que la communication du document pourrait aller à l'encontre de son obligation de ne pas en donner communication, imposée par l'article 20 » : *Twinn c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 368, p. 373, conf. par [1987] A.C.F. n° 834 (QL). Les propos tenus par le juge MacKay dans *Air Atonabee*, au par. 12, vont dans le même sens : « . . . la Loi n'oblige pas à aviser le tiers avant de communiquer des renseignements qui le concernent, sauf dans les cas prévus au [par. 27(1)] ».

[65] Bien que notre Cour n'ait pas tranché cette question précise, l'approche adoptée dans *Twinn* et *Air Atonabee* est compatible avec les commentaires faits à la fois par les juges majoritaires et les juges

judges in *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2006 SCC 13, [2006] 1 S.C.R. 441, at paras. 41 and 66.

[66] Merck's submission that there is always a right to notice with respect to particular categories of records is thus not supported by the grammatical and ordinary meaning of the words of s. 27(1).

[67] Neither is Merck's position consistent with one of the Act's animating principles, the principle that exceptions to the right of access should be limited and specific (s. 2(1)). The creation of classes of documents as proposed by Merck which would presumptively trigger the notice requirement and be presumptively exempt from disclosure would be inconsistent with this principle.

[68] Finally, Merck's proposed approach is not consistent with the scheme of the Act. It makes provision for giving effect to restrictions on rights of disclosure contained in other statutes. Section 24 provides that disclosure must be refused if disclosure is restricted by any provisions set out in Schedule II of the Act. As the respondent Health Canada points out, Parliament has decided not to establish such a regime for information of the type in issue here; nothing listed in Schedule II restrains the disclosure of information submitted to the Minister with a view to approval of a new medication. There is no statutory indication that the records in issue here — NDS and SNDS records — are intended to be approached on a categorical basis.

[69] I therefore reject Merck's contention that the proposed disclosure of any part of an NDS or an SNDS automatically triggers the duty to give notice. I turn next to the circumstances that do engage the notice requirement.

[70] The institutional head has a general duty, subject to the other provisions of the Act, to provide

dissidents dans *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441, par. 41 et 66.

[66] L'argument de Merck que le tiers intéressé a toujours droit au préavis en ce qui concerne certaines catégories particulières de documents n'est donc pas étayé par le sens ordinaire et grammatical des termes utilisés au par. 27(1).

[67] La position de Merck n'est pas non plus compatible avec l'un des principes directeurs de la Loi, à savoir que les exceptions au droit d'accès sont limitées et précises (par. 2(1)). La création de catégories de documents, comme le propose Merck, qui amèneraient à présumer que l'obligation de donner l'avis s'applique et que les documents en cause sont soustraits à la communication irait à l'encontre de ce principe.

[68] Enfin, la démarche proposée par Merck n'est pas compatible avec le régime prévu par la Loi. Elle prévoit de donner effet aux restrictions des droits à la communication énoncées dans d'autres lois. Selon l'art. 24, il faut refuser la communication si celle-ci est restreinte par une disposition figurant à l'annexe II de la Loi. Comme le souligne l'intimé, Santé Canada, le législateur a décidé de ne pas établir un tel régime pour les renseignements comme ceux qui sont en cause dans la présente affaire; aucune des dispositions énumérées à l'annexe II ne restreint la divulgation de renseignements fournis au ministre dans le cadre d'une demande d'approbation d'un nouveau médicament. Rien dans la Loi n'indique qu'il faille analyser les documents en cause dans la présente affaire — ceux relatifs à la PDN et à la PSDN — sur la base de leur appartenance à une catégorie.

[69] Je rejette donc la prétention de Merck que la communication proposée de l'une ou l'autre partie d'une PDN ou d'une PSDN déclenche automatiquement l'obligation de donner l'avis. Je passe maintenant aux circonstances qui donnent effectivement naissance à cette obligation.

[70] Sous réserve des autres dispositions de la Loi, il incombe au responsable de l'institution une

access to the record requested (s. 4(1)). This is the duty that Health Canada purported to carry out when it disclosed some documents without giving notice to Merck of its intention to do so. There is also a duty not to disclose information falling within the s. 20(1) exemptions. The notice provisions relate to how the institutional head carries out that duty.

[71] In considering a request for disclosure of third party information under the Act, the institutional head has four main possible courses of action (aside from the exercise of discretion under s. 20(6)), two of which engage the notice provisions. He or she may decide to (i) disclose the requested information without notice; (ii) refuse disclosure without notice; (iii) form an intention to disclose severed material with notice; or (iv) give notice because there is reason to believe that the record requested might contain exempted material. I will review each option briefly.

[72] I turn first to disclosure without notice. The practical realities as well as the text of the notice provision in s. 27(1) suggest a high threshold for disclosure without notice. Such disclosure is only justified in clear cases, that is, where the head, reviewing all the relevant evidence before him or her, concludes that there is no reason to believe that the record might contain material referred to in s. 20(1). The institutional head cannot repent after the fact from an ill-advised decision to disclose. Disclosure without notice and any harm that might follow are irreversible. Giving notice in all but clear cases reduces the risk of irremediable harm to the third party through inappropriate disclosure. Moreover, the institutional head may not have enough information to make a correct judgment about whether the information is exempt; the input of the third party may be required in order for the institutional head's decision to be properly informed. It is, therefore, both prudent and consistent with the text of the Act for the institutional head

obligation générale de donner accès au document demandé (par. 4(1)). Il s'agit là de l'obligation dont Santé Canada dit s'être acquitté en communiquant certains documents sans avoir avisé Merck de son intention de le faire. Il existe aussi une obligation de ne pas divulguer de renseignements visés par l'une ou l'autre des exceptions prévues au par. 20(1). Les dispositions en matière de préavis portent sur la façon dont le responsable de l'institution doit remplir cette obligation.

[71] Lorsque le responsable de l'institution examine une demande de divulgation de renseignements de tiers présentée conformément à la Loi, quatre options principales s'offrent à lui (si l'on exclut l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au par. 20(6)), dont deux qui font intervenir les dispositions en matière de préavis. Il peut : (i) divulguer les renseignements en cause sans donner l'avis au tiers; (ii) refuser de les divulguer sans lui donner l'avis; (iii) former le projet de divulguer des renseignements prélevés après lui avoir donné l'avis; ou (iv) lui donner l'avis parce qu'il y a des raisons de croire que le document demandé est susceptible de contenir des renseignements soustraits à la divulgation. J'étudierai brièvement chacune de ces options.

[72] Passons d'abord à la divulgation sans donner l'avis au tiers. Les considérations d'ordre pratique pertinentes ainsi que le libellé du par. 27(1), qui prévoit l'avis, donnent à penser qu'il convient d'appliquer un critère exigeant en matière de communication de documents sans préavis. Pareille communication n'est justifiée que dans les cas manifestes, c'est-à-dire si le responsable de l'institution, après avoir analysé toute la preuve pertinente dont il dispose, estime qu'il n'y a aucune raison de croire que le document est susceptible de contenir des renseignements visés au par. 20(1). Le responsable de l'institution ne peut revenir sur une décision inopportune de communiquer des documents, car la communication de documents sans préavis et le préjudice qu'elle pourrait causer sont irréversibles. Donner l'avis au tiers dans tous les cas sauf ceux qui ne présentent aucune ambiguïté permet de réduire le risque qu'une communication inappropriée cause un préjudice irrémédiable à ce dernier. En outre, il se peut que le responsable de l'institution n'ait pas

to disclose without notice only where the exemptions clearly cannot apply.

[73] I turn to the second option, refusal to disclose without notice. It is important to recognize that the institutional head has a duty both to disclose non-exempt material *and* to refuse to disclose exempted material. Just as the institutional head must not deny access without due consideration, he or she also must give due consideration to whether access must clearly be refused. This latter point was well put by MacKay J. in *SNC-Lavalin Inc. v. Canada (Minister of Public Works)* (1994), 79 F.T.R. 113 (T.D.). He noted, at para. 47, that the institutional head's duty under s. 20 to refuse to disclose the information described in that section is not discharged by simply noting the possibility that the information may fall within the duty to refuse disclosure, but leaving it solely up to the third party to prove to the head's satisfaction that it ought not to be disclosed.

[74] Institutional heads must have some reason to believe that access cannot be refused without notice to the third party. They must apply their minds to the record in light of the known circumstances. They should be able to articulate a rational basis, emerging from this initial review, on which the exemptions from disclosure may not apply. To put it simply, institutional heads must take their duty *not* to disclose exempt third party information as seriously as their duty to disclose information that the Act requires to be disclosed.

suffisamment d'information pour décider correctement si les renseignements en cause sont soustraits à la divulgation; il a parfois besoin des observations du tiers pour prendre une décision éclairée. Par conséquent, le responsable de l'institution fera preuve de prudence et se conformera à la Loi en ne communiquant sans préavis que les documents qui ne sont manifestement pas visés par les exceptions.

[73] Passons à la deuxième option, à savoir le refus de divulguer les renseignements en cause sans donner l'avis au tiers. Il importe de reconnaître que le responsable de l'institution est tenu à la fois de divulguer les renseignements qui ne sont pas visés par une exception *et* de refuser la divulgation des renseignements qui, au contraire, le sont. Si le responsable ne doit pas refuser de divulguer de renseignements sans avoir dûment étudié la question, il lui incombe aussi de convenablement examiner la question de savoir s'il doit manifestement rejeter la demande d'accès à l'information. Le juge MacKay a bien formulé cette idée dans *SNC-Lavalin Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1994] A.C.F. n$^{o}$ 1059 (QL) (1$^{re}$ inst.), où il a souligné, au par. 47, que le responsable de l'institution ne s'acquitte pas de l'obligation qui lui incombe aux termes de l'art. 20 de refuser de divulguer les renseignements visés à cet article s'il se contente de relever la possibilité que ceux-ci tombent sous le coup de cette obligation, laissant au tiers l'entière responsabilité d'établir à sa satisfaction que les renseignements ne doivent pas être divulgués.

[74] Le responsable de l'institution doit avoir une quelconque raison de croire qu'il ne peut refuser de communiquer les documents en cause sans avoir donné l'avis au tiers s'il en décide ainsi. Il doit donc examiner le dossier eu égard aux circonstances connues de lui afin d'être en mesure de dégager de cet examen initial un fondement rationnel lui permettant de conclure que les exceptions à la communication peuvent ne pas s'appliquer. Pour dire les choses simplement, le responsable de l'institution doit prendre autant au sérieux son obligation de *ne pas* divulguer les renseignements de tiers soustraits à la communication que l'obligation que la Loi lui impose de divulguer les renseignements qui peuvent l'être.

[75] That brings us to the two situations relevant to this case in which notice must be given under s. 27(1): first, when the head has reason to believe that the record might contain information described in s. 20(1); and, second, when the head proposes to disclose information severed from other information as required by s. 25. An element of each of these conditions is that the head "intends to disclose [a] record" and this phrase needs careful consideration. (I put to the side the situation in which the head proposes to use the s. 20(6) public interest override.)

[76] I turn first to the situation in which the head "intends to disclose any record . . . that the head of the institution has reason to believe might contain" exempted third party information. How, it may be asked, can the head "inten[d] to disclose" something that he or she has reason to believe is exempt from disclosure? The answer, in my view, is that the phrase "intends to disclose" must be understood in the context of the scheme of the Act. There need not be an actual, present intention to disclose in the sense of a decision taken subject only to being talked out of it by the third party. For the purposes of s. 27(1), the institutional head "intends to disclose" a record that might contain exempt information if the head concludes that he or she cannot direct either refusal or disclosure without notice according to the principles I have just outlined.

[77] As discussed earlier, in order to disclose third party information without giving notice, the head must have no reason to believe that the information might fall within the exemptions under s. 20(1). Conversely, in order to refuse disclosure without notice, the head must have no reason to believe that the record could be subject to disclosure. If the information does not fall within one of

[75] Cela nous amène aux deux situations pertinentes en l'espèce dans lesquelles le responsable de l'institution doit donner l'avis au tiers en application du par. 27(1) : il y a d'abord le cas où il a des raisons de croire que le document est susceptible de contenir des renseignements visés au par. 20(1), et, ensuite, le cas où il compte divulguer des renseignements prélevés conformément à l'art. 25. Dans l'une et l'autre de ces situations, le responsable « a l'intention de donner communication [. . .] d'un document », expression qu'il convient d'examiner attentivement. (Je laisse de côté la situation où le responsable compte se prévaloir de la dérogation prévue au par. 20(6) en matière d'intérêt public.)

[76] Considérons d'abord la situation où le responsable de l'institution « a l'intention de donner communication [. . .] d'un document [qui] est, selon lui, susceptible de contenir » des renseignements de tiers soustraits à la divulgation. On peut se demander comment le responsable pourrait avoir « l'intention de donner communication » de quelque chose s'il a des raisons de croire que cette chose est soustraite à la communication. La réponse, selon moi, réside dans le fait qu'il convient d'interpréter ces mots eu égard au régime prévu par la Loi. Il n'est pas nécessaire que le responsable ait effectivement l'intention de donner communication de la chose, en ce sens qu'il ait déjà décidé qu'il la communiquerait à moins que le tiers ne le convainque de revenir sur sa décision. Pour l'application du par. 27(1), le responsable « a l'intention de donner communication » d'un document susceptible de contenir des renseignements soustraits à la divulgation s'il estime ne pas pouvoir en refuser la communication ou procéder à celle-ci sans donner de préavis à l'intéressé conformément aux principes que je viens d'exposer.

[77] Comme je l'ai déjà mentionné, pour divulguer des renseignements d'un tiers sans lui donner de préavis, le responsable de l'institution ne doit avoir aucune raison de croire qu'ils peuvent tomber sous le coup de l'une ou l'autre des exceptions prévues au par. 20(1). Inversement, pour refuser de les divulguer sans préavis, le responsable ne doit avoir aucune raison de croire que le document peut être

these clear categories, notice must be given. I would therefore interpret the phrase "intends to disclose" as referring to situations which fall between those in which the head concludes that neither disclosure nor refusal of disclosure without notice is required. In other words, the head "intends to disclose" a record "that the head . . . has reason to believe might contain" exempted information unless the head concludes either (a) that there is no reason to believe that it might contain exempted information (in which case disclosure without notice is required) or (b) that he or she has no reason to believe that disclosure could be required by the Act (in which case refusal of disclosure without notice is required). To the extent that the reasons of the Court of Appeal, at para. 34, suggest the head must have actually formed an opinion on the matter as opposed to simply having no "reason to believe", I respectfully disagree.

[78] The approach I propose sets quite a low threshold for the requirement of giving notice. This is not only consistent with the text of the Act, but properly reflects the balance the Act strikes between disclosure and protection of third parties.

[79] Given the nature of the exemptions in issue — trade secrets, financial and other confidential information, etc. — the third party whose information is being considered is generally in a better position than the head of the institution to identify information that falls within one of the s. 20(1) exemptions. The third party knows and understands the industry in which it participates and has an intimate knowledge of the specific information, how it has been treated and the possible harm that could come from its disclosure. As Deschamps J., writing for the majority of the Court in *H.J. Heinz*, put it:

communiqué à la personne qui en fait la demande. Si les renseignements en cause n'appartiennent pas à l'une ou l'autre de ces catégories bien définies, le responsable doit donner l'avis à l'intéressé. J'estime donc que les mots « a l'intention de donner communication » font référence à des situations autres que celles où le responsable conclut que ni la communication ni le refus de celle-ci sans préavis ne sont des solutions acceptables. Autrement dit, le responsable « a l'intention de donner communication » d'un document qui « est, selon lui, susceptible de contenir » des renseignements soustraits à la divulgation, sauf s'il conclut a) qu'il n'y a aucune raison de croire que le document peut contenir pareils renseignements (dans ce cas, la communication sans préavis s'impose), ou b) qu'il n'a aucune raison de croire que la Loi impose la communication du document (dans ce cas, le refus de communication sans préavis s'impose). En toute déférence, je suis en désaccord avec la Cour d'appel fédérale dans la mesure où elle affirme, au par. 34 de ses motifs, que le responsable doit s'être fait une opinion à ce sujet au lieu de simplement n'avoir aucune raison de croire.

[78] L'approche que je propose établit un seuil très peu élevé en matière de préavis. Non seulement cela est-il compatible avec le texte de la Loi, mais encore, une telle approche reflète bien l'équilibre atteint par la Loi entre la communication de documents et la protection des tiers.

[79] Vu la nature des exceptions en cause — qui visent les secrets industriels, les renseignements financiers ainsi que d'autres types de renseignements de nature confidentielle —, le tiers dont les renseignements sont visés par une demande d'accès à l'information est, de façon générale, mieux placé que le responsable de l'institution pour relever les renseignements qui tombent sous le coup de l'une ou l'autre des exceptions prévues au par. 20(1). En effet, il connaît et comprend bien l'industrie dont il fait partie et il a une connaissance approfondie des renseignements en cause, de la façon dont ils ont été traités et du préjudice que pourrait causer leur divulgation. Comme l'a dit la juge Deschamps dans *Cie H.J. Heinz*, au nom des juges majoritaires :

The unique notice given to third parties is tied to the specific nature of the exemption. . . . [A] government institution would not have any specific knowledge of the business or scientific dealings of a third party . . . . In the case of confidential business information . . . the assistance of the third party is necessary for the government institution to know how, or if, the third party treated the information as confidential. Indeed, the third party's information management practices may be an important means of determining whether the information actually meets the definition of "confidential" . . . . Whether the information is confidential cannot be determined without representations from the third party. [References omitted; para. 51.]

[80] Moreover, observing a low threshold for third party notice ensures procedural fairness and reduces the risk that exempted information may be disclosed by mistake. In addition, because the giving of notice opens the way to judicial review of a decision to disclose, observing a low threshold for third party notice also accords with one of the Act's animating principles — that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government — while also being consistent with the principles that government information should be available to the public and that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific (s. 2(1)).

[81] The approach to notice I have just outlined makes sense of the statutory direction to give notice when the institutional head "intends to disclose any record . . . that the head of the institution has reason to believe might contain" exempt third party information. But what about the part of the provision that requires the institutional head to give notice when he or she "intends to disclose any record . . . that contains" such information? How, it might be asked, could the head form an intention to disclose any record that falls within the s. 20 exemptions and which he or she therefore has a duty not to disclose? The head obviously cannot form an intention to do what the Act prohibits. In my view, there are two answers. The first lies in s. 20(6), which allows disclosure of some otherwise exempt information in the public interest. This

L'avis unique qui est donné aux tiers est lié à la nature particulière de l'exception. [. . .] [L]'institution fédérale n'a pas une connaissance précise des opérations commerciales ou scientifiques d'un tiers [. . .] [E]n ce qui concerne les renseignements commerciaux confidentiels, l'institution fédérale a besoin de l'aide du tiers pour savoir si celui-ci considère que les renseignements sont confidentiels ou pour connaître le traitement que le tiers leur a réservé. Les méthodes de gestion de l'information utilisées par le tiers peuvent être un moyen important de déterminer si les renseignements correspondent véritablement à la définition de ce qui est « confidentiel » [. . .] Il n'est pas possible de décider si les renseignements sont confidentiels sans les observations du tiers. [Références omises; par. 51.]

[80] De plus, l'application d'un critère peu exigeant en matière de préavis aux tiers garantit l'équité procédurale et réduit le risque que des renseignements ne pouvant être divulgués le soient par erreur. En outre, puisque le préavis ouvre la voie au contrôle judiciaire de la décision de divulguer les renseignements en cause, l'application d'un tel critère concorde aussi avec l'un des principes directeurs de la Loi, à savoir que les décisions en matière de communication des documents de l'administration fédérale sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif, tout en étant compatible avec le principe du droit du public à la communication de tels documents, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées (par. 2(1)).

[81] L'approche en matière de préavis que je viens de décrire donne un sens à l'obligation légale qui incombe au responsable de l'institution de donner un avis au tiers intéressé lorsqu'il « a l'intention de donner communication [. . .] d'un document [. . .] s'il est, selon lui, susceptible de contenir » des renseignements du tiers soustraits à la divulgation. Mais qu'en est-il du passage de la disposition obligeant le responsable à donner avis au tiers intéressé de son « intention de donner communication [. . .] d'un document [. . .] si le document contient » pareils renseignements? Il est permis de se demander comment le responsable peut avoir l'intention de communiquer un document qui tombe sous le coup de l'une ou l'autre des exceptions prévues à l'art. 20 et qu'il est tenu, pour cette raison, de ne pas communiquer. De toute évidence, le responsable ne

so-called public interest override is not relevant here.

[82] The second answer lies in the severance provision in s. 25 of the Act. As noted, s. 25 requires the institutional head to disclose information in a record that contains exempted information where the disclosable information can reasonably be severed from the exempted information. Where the institutional head proposes to take the course required by s. 25, he or she "intends to disclose any record . . ., or any part thereof, that contains" exempted material. It follows, in my view, that notice is required whenever the head intends to disclose a record containing third party information by severing the non-exempt information and disclosing only that as required by s. 25.

[83] In this case, a document disclosed by the head to the requester without notice to Merck contained severed information pursuant to s. 25. In my respectful view, this was not in accordance with the requirements of the Act.

[84] To sum up my conclusions on s. 27(1):

(i) With respect to third party information, the institutional head has equally important duties to disclose and not to disclose and must take both duties equally seriously.

(ii) The institutional head:

- should *disclose* third party information *without notice* only where the

saurait avoir l'intention de faire ce que la Loi interdit. À mon avis, il y a deux réponses à cette question. La première se trouve au par. 20(6), qui autorise la divulgation, pour des raisons d'intérêt public, de certains renseignements par ailleurs soustraits à celle-ci. Ce principe dit de la dérogation en matière d'intérêt public n'est pas pertinent en l'espèce.

[82] La deuxième réponse se trouve dans la disposition en matière de prélèvement de renseignements qui figure à l'art. 25 de la Loi. Comme je l'ai déjà dit, l'art. 25 oblige le responsable de l'institution qui refuse la communication d'un document qui contient des renseignements soustraits à la divulgation à en communiquer les parties dépourvues de tels renseignements à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. Le responsable qui compte suivre l'art. 25 a donc « l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document [qui] contient » des renseignements soustraits à la divulgation. Il s'ensuit, selon moi, que le préavis est requis dans les cas où le responsable a l'intention de communiquer un document qui contient des renseignements de tiers; dans un tel cas, le responsable doit prélever du document les renseignements qui ne sont pas protégés et ne divulguer que ces renseignements, comme l'exige l'art. 25.

[83] Dans la présente affaire, un document que le responsable de l'institution a communiqué au demandeur sans donner de préavis à Merck contenait des renseignements prélevés en application de l'art. 25. À mon humble avis, une telle façon de procéder n'était pas conforme aux exigences de la Loi.

[84] En somme, voici ce que je conclus au sujet du par. 27(1) :

(i) En ce qui concerne les renseignements de tiers, il incombe au responsable de l'institution une obligation de divulgation de même qu'une obligation de non-divulgation d'égale importance, et il doit prendre l'une tout aussi au sérieux que l'autre.

(ii) Le responsable de l'institution :

- ne doit *divulguer* des renseignements de tiers *sans préavis* que s'ils peuvent

information is clearly subject to disclosure, that is, there is *no reason to believe that it is exempt*;

- should *refuse to disclose* third party information *without notice* where the information is clearly exempt, that is, where there is no reason to believe that the information is subject to disclosure.

(iii) The institutional head must give notice if he or she:

- is in doubt about whether the information is exempt, in other words if the case does not fall under the situations set out in point (ii);

- intends to disclose exempted material to serve the public interest pursuant to s. 20(6); or

- intends to disclose severed material pursuant to s. 25.

(b) *The Nature of the Review by the Head of a Government Institution*

[85] Having established the threshold for notice and for disclosure without notice, the next question is what sort of review the institutional head should conduct in order to determine whether these thresholds have been met. Merck argues that the head of the institution must conduct a "genuine and thorough" analysis of whether a s. 20(1) exemption applies before forming any intention to disclose the record and sending a notice of intent to disclose to a third party (A.F., at para. 40). Forming an intention to disclose without such an analysis, Merck submits, would result in placing the onus on the third party to prove page by page, line by line, that the information falls within one of the s. 20(1) exemptions. Merck maintains that where, as is the

manifestement être divulgués, c'est-à-dire que s'il *n'*y a *aucune raison de croire qu'ils sont soustraits à la divulgation*;

- doit *refuser de divulguer* de tels renseignements *sans préavis* s'ils sont manifestement soustraits à la divulgation, c'est-à-dire s'il n'existe aucune raison de croire qu'ils peuvent être divulgués.

(iii) Le responsable de l'institution doit donner un préavis dans les cas suivants :

- il ne sait pas avec certitude si les renseignements sont soustraits à la divulgation; autrement dit, s'il ne se trouve pas dans la situation décrite au point (ii);

- il a l'intention de divulguer, pour des raisons d'intérêt public en vertu du par. 20(6), des renseignements soustraits à la divulgation;

- il a l'intention de divulguer des renseignements prélevés en application de l'art. 25.

b) *La nature de l'examen que doit faire le responsable d'une institution fédérale*

[85] Ayant établi les critères en matière de préavis et de communication sans préavis, je me pencherai maintenant sur la nature de l'examen que doit faire le responsable de l'institution pour décider s'il a été satisfait à ceux-ci. Selon Merck, le responsable est tenu, avant de former l'intention de communiquer le document et de faire parvenir au tiers intéressé un avis à cet effet, de faire une analyse [TRADUCTION] « véritable et approfondie » de la question de savoir si l'une ou l'autre des exceptions prévues au par. 20(1) s'applique (m.a., par. 40). Merck soutient qu'en formant cette intention sans d'abord procéder à une telle analyse le responsable imposerait au tiers le fardeau d'établir, pour chaque page et chaque ligne, que

case where NDS and SNDS records are involved, the head of the institution already knows that the record contains confidential information which is of value to competitors, it is unreasonable for the head of the institution to form the intention to disclose any part of the record without giving notice.

[86] Both the reviewing judge and the Court of Appeal disagreed with Merck on this point. They concluded that the Act did not require the head of the institution to undertake a genuine and thorough examination of the record before forming the intention to disclose part or all of it: see Beaudry J., at para. 91 (2006 FC 1200); C.A. reasons, at paras. 112-14.

[87] There are important policy and practical considerations that must be balanced in order to decide what sort of review is required of the head when deciding to give notice. First, information should be disclosed whenever required by the Act. Second, third party confidential commercial information must receive the protection which the Act intends for it. Third, it is the duty of the institutional head to make the disclosure decision and respect the rights of third parties without simply shifting that responsibility onto the third party. While the head will often require the assistance of the third party in order to reach a decision about how the Act ought to apply, the duty to decide whether to disclose or not remains with the head. The head does not discharge that duty by simply giving notice at the first sign of potentially exempted information and leaving it to the third party to do all the work. The head is not entitled to simply put the entire onus of review on the third party. Finally, the practical constraints on the head must be considered. The head may not be well informed about the subject matter of the information and may therefore be disadvantaged in assessing it. The head is also bound by the time limits under the Act; one of the responsibilities

les renseignements qui s'y trouvent sont visés par l'une ou l'autre de ces exceptions. Toujours selon Merck, si le responsable sait déjà que le document en cause contient des renseignements de nature confidentielle qui ont de la valeur pour les concurrents du tiers intéressé, comme c'est le cas pour ce qui est d'un document concernant une PDN ou une PSDN, il agira de façon déraisonnable s'il forme l'intention de communiquer l'une ou l'autre partie du document sans donner d'avis à ce dernier.

[86] Le juge siégeant en révision et la Cour d'appel fédérale se sont dits en désaccord avec Merck sur ce point. Ils ont conclu que la Loi n'obligeait pas le responsable de l'institution à faire un examen véritable et approfondi du document avant de former l'intention d'en donner communication totale ou partielle : voir les motifs du juge Beaudry, par. 91 (2006 CF 1200); motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 112-114.

[87] Il faut concilier d'importantes considérations de politique et d'ordre pratique pour déterminer le type d'examen que le responsable de l'institution doit faire pour décider s'il doit donner l'avis au tiers. Premièrement, il convient de divulguer les renseignements visés dans chaque cas où la Loi l'exige. Deuxièmement, les renseignements commerciaux confidentiels du tiers doivent bénéficier de la protection prévue par la Loi. Troisièmement, il incombe au responsable de prendre la décision de divulguer ou non les renseignements visés et de respecter les droits du tiers en évitant de simplement lui transférer la responsabilité de prendre cette décision. Certes, le responsable aura souvent besoin de l'aide du tiers pour décider de la façon dont il convient d'appliquer la Loi, mais, en bout de ligne, c'est à lui qu'il incombe de décider de divulguer ou non les renseignements visés. Le responsable ne s'acquittera pas de cette obligation en se contentant de donner l'avis au tiers dès qu'il soupçonne que les renseignements visés sont susceptibles d'être soustraits à la divulgation et en le laissant faire tout le travail. Il ne peut se contenter d'imposer au tiers tout le fardeau d'examiner le dossier. Enfin, il faut prendre en compte les contraintes d'ordre pratique auxquelles le responsable est soumis. Il se peut que le responsable ne

of the head is to provide timely access to the record.

[88] In my view, the head must conduct a sufficient review of the requested material in order to decide if the threshold for notice, as I have discussed it above, has been met. The federal government's Access to Information Policy, Chapter 1-1, published in the Treasury Board Manual at the relevant time, specified that institutions must review each individual record to determine which portions, if any, may be excluded or exempted. This statement, in my view, correctly describes the nature of the review required before the decision is made to give notice to the third party. The institutional head must make a serious attempt to apply the exemptions within the constraints I have noted. The same principle applies, in my view, to the head's severance of material under s. 25. I will discuss that question more fully in the part of my reasons dealing with s. 25. However, my view is that applying s. 25 is part and parcel of the head's initial review, subject of course to the constraints I have mentioned.

[89] Once notice has been given, the third party has an opportunity to make its representations. At this point in the process, I am not convinced that it is useful to speak of the third party having an onus. The material filed on behalf of the respondent insisted that the third party has an onus to persuade it that the exemptions apply. Indeed, in a document entitled *Access to Information Act — Third Party Information — Operational Guidelines*, Health Canada describes what it requires as representations from a third party once a notice has been issued pursuant to s. 27(1). Health Canada refers to the Federal Court jurisprudence which holds that the third party bears the onus of establishing that the information falls under an exemption (p. 3 of the Guidelines). I do not think this

connaisse pas très bien le sujet sur lequel portent les renseignements visés et qu'en conséquence il lui soit difficile de les apprécier. Par ailleurs, le responsable doit respecter les délais que la Loi lui impose, l'un de ses devoirs étant de permettre au demandeur de consulter les documents visés en temps opportun.

[88] Selon moi, le responsable de l'institution doit suffisamment examiner les documents visés par la demande d'accès à l'information pour être en mesure de décider si le seuil en matière de préavis a été atteint comme je l'ai décrit plus haut. La politique de l'administration fédérale en matière d'accès à l'information, qui figurait au chapitre 1-1 du Manuel du Conseil du Trésor à l'époque pertinente, précisait que l'institution devait examiner chacun des documents afin de déterminer quelles parties devaient, le cas échéant, faire l'objet d'une exclusion ou d'une exception. Selon moi, cela décrit correctement la nature de l'examen à faire avant de décider s'il convient ou non de donner l'avis au tiers. Le responsable doit véritablement se demander si l'une ou l'autre des exceptions s'applique, et ce dans les limites que j'ai décrites. À mon avis, le même principe s'applique au prélèvement de renseignements en application de l'art. 25. J'examinerai cette question plus en détail dans la partie de mes motifs qui traite de cet article. J'estime toutefois que l'application de l'art. 25 fait partie intégrante de l'examen initial que doit faire le responsable, sous réserve, évidemment, des limites que j'ai mentionnées.

[89] Une fois l'avis donné, le tiers peut formuler ses observations. À ce stade du processus, je ne suis pas convaincu qu'il soit utile de discuter de la question de savoir si le tiers doit se décharger d'un fardeau. Selon les documents déposés pour le compte de l'intimé, il incombe au tiers de le convaincre que les exceptions s'appliquent. En effet, dans un document intitulé *Lignes directrices opérationnelles concernant la Loi sur l'accès à l'information et l'information portant sur des tiers*, Santé Canada décrit les observations que le tiers doit lui soumettre une fois l'avis donné conformément au par. 27(1). Santé Canada fait référence à la jurisprudence de la Cour fédérale, qui mentionne qu'il incombe au tiers le fardeau d'établir que les renseignements sont visés par une exception (p. 3 des lignes directrices).

reference is apt. There is no doubt that, once the head has given notice of a decision to disclose, the third party has the onus to show why this decision was wrong on judicial review under s. 44: see, e.g., *Maislin Industries Ltd. v. Minister of Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939, at pp. 942-43; *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47, at p. 65; *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265, at p. 276; *Air Atonabee*, at p. 263. However, the responsibility to decide whether disclosure is required or prohibited by the Act rests initially with the institutional head.

[90] From the third party's perspective, it is, of course, prudent and in accordance with common sense to be as helpful as it can be in identifying precisely why disclosure is not permitted. Nonetheless, the head must make a serious attempt, with the available information and having regard to the practical constraints, to discharge the responsibility imposed by the Act to apply the requirements to disclose or not to disclose. A cooperative approach is necessary in order for the system to work. The head cannot simply shift his or her responsibility onto the third party and similarly the third party must provide reasonable assistance to the head in carrying out his or her duties under the Act.

[91] At this stage of the proceedings, there is no point in retracing the interchanges between the parties to decide if the notice provisions and the appropriate level of review were correctly applied throughout. I have already indicated that notice must be given if the record is subject to s. 25 and I have described the threshold for giving of notice and the obligations of the institutional head to review the record. However, it may be useful to observe that the impression I have is that both Merck and Health Canada at times took rather extreme positions that were not in accordance with the purpose,

Il a tort de le faire. Il ne fait aucun doute qu'à partir du moment où le responsable de l'institution a fait part de sa décision de divulguer les renseignements visés il appartient au tiers de démontrer, dans le cadre d'un recours en révision judiciaire exercé en vertu de l'art. 44, pourquoi cette décision était erronée : voir, p. ex., *Maislin Industries Ltd. c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939, p. 942-943; *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47, p. 65; *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265, p. 276; *Air Atonabee*, par. 25. Toutefois, c'est d'abord au responsable de l'institution qu'il revient de décider si la Loi impose ou, au contraire, interdit la divulgation des renseignements.

[90] Du point de vue du tiers, il est bien sûr prudent et conforme au bon sens d'aider le plus possible le responsable de l'institution à déterminer précisément pourquoi la divulgation des renseignements en cause n'est pas autorisée. Néanmoins, le responsable doit véritablement tenter, compte tenu de l'information dont il dispose et des contraintes d'ordre pratique, de s'acquitter de l'obligation que la Loi lui impose de décider, sur la base des exigences de celle-ci, s'il doit ou non divulguer les renseignements. Pour que le système fonctionne, il est nécessaire d'adopter une approche axée sur la coopération. Le responsable ne peut se contenter d'imposer au tiers le fardeau qui lui incombe d'examiner le dossier et, dans le même ordre d'idée, le tiers doit prêter raisonnablement assistance au responsable afin de l'aider à s'acquitter des obligations que la Loi lui impose.

[91] À ce stade des procédures, il ne sert à rien de retracer les échanges qui ont eu lieu entre les parties pour décider si les dispositions en matière de préavis et le degré convenable d'examen ont été correctement appliqués du début à la fin. J'ai déjà mentionné que l'avis doit être donné si le dossier est visé par l'art. 25 et j'ai décrit le seuil à atteindre en matière de préavis ainsi que les obligations du responsable de l'institution d'examiner le dossier. Toutefois, il peut être utile de mentionner que, selon moi, Merck et Santé Canada ont parfois adopté des positions plutôt extrêmes qui ne s'accordaient pas

letter or spirit of the Act. The record suggests both that the institutional head emphasized the duty to disclose rather than the equally important duty not to disclose and that Merck was not as helpful as it could have been in making clear and targeted submissions in relation to its various objections. It is to be hoped that the clarifications that I have set out above will lead to more constructive and cooperative approaches to these issues in the future.

(3) What Are the Applicable Burden and Standard of Proof on a Third Party Claiming a Section 20(1) Exemption?

(a) *The Burden of Proof*

[92] Who bears the burden is not controversial. The third party bears the burden of showing why disclosure should not be made when it seeks judicial review (under s. 44 of the Act) of the head's decision to disclose material which has been the subject of a notice under s. 27. This has been clear since the early case law construing the Act: see, e.g., *Maislin Industries.*

(b) *The Standard of Proof*

[93] The applicable standard of proof is less clear. Merck argues that the Federal Court of Appeal erred in applying a heavier standard of proof than that of the balance of probabilities. For example, at para. 62, in the context of her analysis of s. 20(1)(*b*), Desjardins J.A. spoke of there being a "heavy" burden on the objecting party. Similarly, in relation to s. 20(1)(*a*), she referred, at para. 54, to a "high threshold".

[94] This notion of a "heavy burden" appears in many places in the jurisprudence relating to the exemptions: see, e.g., *AstraZeneca Canada*

avec l'objet, la lettre ou l'esprit de la Loi. Il ressort du dossier que le responsable de l'institution en l'espèce a mis l'accent sur l'obligation de divulguer des renseignements plutôt que sur l'obligation tout aussi importante de ne pas en divulguer, et que Merck ne lui a pas prêté toute l'assistance voulue, ses observations à l'égard des diverses objections qu'elle a formulées manquant de clarté et de précision. Il faut espérer que les éclaircissements que j'ai exposés susciteront l'adoption d'approches davantage constructives et axées sur la coopération relativement à ces questions.

(3) Quels sont le fardeau et la norme de preuve applicables dans le cas d'un tiers qui invoque une exception prévue au par. 20(1)?

a) *Le fardeau de la preuve*

[92] La question de savoir à qui incombe le fardeau de la preuve ne suscite aucune controverse. C'est au tiers qui demande le contrôle judiciaire (en vertu de l'art. 44 de la Loi) de la décision du responsable de l'institution de communiquer tout document ayant fait l'objet de l'avis prévu à l'art. 27 qu'il incombe de démontrer pourquoi le document ne doit pas être communiqué. Il y a longtemps que ce principe a été établi dans la jurisprudence relative à l'interprétation de la Loi : voir, p. ex., *Maislin Industries.*

b) *La norme de preuve*

[93] La question de savoir quelle norme de preuve il convient d'appliquer est moins claire. Merck prétend que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en appliquant une norme de preuve plus exigeante que celle de la prépondérance des probabilités. Par exemple, au par. 62, la juge Desjardins mentionne, dans le contexte de son analyse de l'al. 20(1)*b*), qu'il incombe à la partie qui s'oppose à la divulgation un fardeau « lourd ». Dans le même ordre d'idée, elle parle, au par. 54, d'un « seuil [qui] est élevé » relativement à l'al. 20(1)*a*).

[94] Cette notion de « fardeau lourd » figure souvent dans la jurisprudence relative aux exceptions : voir, p. ex., *AstraZeneca Canada Inc. c.*

*Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2005 FC 189 (CanLII) (with supplementary reasons at 2005 FC 648 (CanLII)), at para. 52, aff'd 2006 FCA 241, 353 N.R. 84, and *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427 (T.D.) ("*Canada v. Canada*"), at p. 441. However, it is important to differentiate between the standard of proof and how readily that standard may be attained in a given case. It is now settled law that there is only one civil standard of proof at common law and that standard is proof on the balance of probabilities: *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 40. Nothing in the Act suggests that we should depart from this standard. However, as noted in *McDougall*, "context is all important and a judge should not be unmindful, where appropriate, of inherent probabilities or improbabilities or the seriousness of the allegations or consequences" (para. 40). Proof of risk of future harm, for example, is often not easy. Rothstein J. (then of the Federal Court) captured this point in *Canada v. Canada* where he noted that there is a "heavy onus" on a party attempting to prove future harm while underlining that the obligation to do so requires proof on a balance of probabilities (p. 476). Therefore, I conclude that a third party must establish that the statutory exemption applies on the balance of probabilities. However, what evidence will be required to reach that standard will be affected by the nature of the proposition the third party seeks to establish and the particular context of the case.

[95] Turning to the Court of Appeal's reasons in the present case, I am of the opinion that they applied a higher burden than the civil standard of the balance of probabilities in relation to the s. 20(1)(*a*) and (*b*) exemptions. As noted, the court called for a "high threshold" in relation to s. 20(1)(*a*) (para. 54) and applied a "heavy" burden in relation to s. 20(1)(*b*) (para. 62). While exemptions are the exception and disclosure the general rule, with any doubt being resolved in favour of disclosure, the applicable standard of

*Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CF 189 (CanLII) (avec motifs supplémentaires dans 2005 CF 648 (CanLII)), par. 52, conf. par 2006 CAF 241 (CanLII), et *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427 (1re inst.) (« *Canada c. Canada* »), p. 441. Toutefois, il est important de faire la distinction entre la norme de preuve et la facilité avec laquelle cette norme peut être satisfaite dans un cas donné. Il est maintenant bien établi en droit qu'il n'existe, en common law, qu'une seule norme de preuve en matière civile, soit celle de la prépondérance des probabilités : *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 40. Rien dans la Loi ne donne à penser que nous devrions nous écarter de cette norme. Toutefois, comme il a été souligné dans *McDougall*, « [l]e contexte constitue [. . .] un élément important et le juge ne doit pas faire abstraction, lorsque les circonstances s'y prêtent, de la probabilité ou de l'improbabilité intrinsèque des faits allégués non plus que de la gravité des allégations ou de leurs conséquences » (par. 40). La preuve d'un risque de préjudice futur, par exemple, n'est souvent pas facile à faire. Le juge Rothstein (maintenant juge de notre Cour) a bien expliqué ce point dans *Canada c. Canada*, où il a souligné que la partie qui tente de prouver qu'il existe un risque de préjudice futur doit s'acquitter d'une « lourde charge » et que cette obligation exige une preuve selon la prépondérance des probabilités (p. 476). Par conséquent, je conclus que le tiers doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que l'exception prévue par la loi s'applique. Cependant, la preuve qui sera nécessaire pour satisfaire à cette norme dépendra de la nature de la thèse que le tiers cherche à faire valoir et du contexte particulier de l'affaire.

[95] En ce qui concerne les motifs exposés par la Cour d'appel fédérale dans la présente affaire, je suis d'avis que celle-ci a appliqué une norme plus exigeante que la norme civile de la prépondérance des probabilités relativement aux exceptions prévues aux al. 20(1)*a*) et *b*). Comme il a été souligné, la cour a parlé d'un « seuil [qui] est élevé » relativement à l'al. 20(1)*a*) (par. 54) et appliqué un fardeau « lourd » relativement à l'al. 20(1)*b*) (par. 62). Bien que la divulgation soit la règle générale et non pas l'exception et qu'en cas de doute il faille

proof is still the civil standard of the balance of probabilities.

B. *The Section 20(1)(a), (b) or (c) Exemptions*

(1) Overview of the Exemptions

[96] The Act contains a number of exemptions from the general rule of disclosure. The ones relevant to these appeals relate to third party confidential commercial information as set out in s. 20(1). The appeals raise a number of issues about the interpretation of these exemptions. Before turning to those issues, however, it will be helpful to put the s. 20(1) exemptions in the context of the other exemptions in the Act.

[97] The Act sets out a series of exemptions listed from ss. 13 to 26. They may be categorized according to whether they are class- or harm-based exemptions and according to whether they are mandatory or discretionary. Where there is a class exemption, the exemption applies to all records determined to fall into that class of record. However, a harm-based exemption applies only if the specified harm or risk of harm is present. Some exemptions are mandatory: once the record has been shown to fall within the exemption, the head of the institution has no discretion and must refuse to disclose it, subject only to any applicable override, such as the one found in s. 20(6), a topic not in issue here. Other exemptions are discretionary: once there has been an initial determination that the record falls within the statutory exemption, the head has discretion as to whether or not disclosure will be refused or granted.

[98] Turning specifically to the s. 20(1) exemptions for third party confidential commercial information, it is clear that all of these third party exemptions are mandatory: if the record falls within the

la permettre, la norme de preuve qu'il convient d'appliquer est toujours la norme de preuve en matière civile, à savoir la prépondérance des probabilités.

B. *Les exceptions prévues aux al. 20(1)a), b) et c)*

(1) Aperçu des exceptions

[96] La Loi comprend un certain nombre d'exceptions à la règle générale de divulgation. Les exceptions qui sont pertinentes aux présents pourvois sont celles prévues au par. 20(1) à l'égard des renseignements commerciaux confidentiels de tiers. Les pourvois soulèvent un certain nombre de questions concernant l'interprétation de ces exceptions. Toutefois, avant d'aborder ces questions, il serait utile de placer les exceptions du par. 20(1) dans le contexte des autres exceptions prévues par la Loi.

[97] La Loi prévoit toute une série d'exceptions, de l'art. 13 à l'art. 26, qui peuvent être classées selon qu'il s'agit d'exceptions catégorielles ou d'exceptions visant à éviter un préjudice, et selon qu'elles sont obligatoires ou discrétionnaires. L'exception catégorielle est celle qui s'applique à tous les documents appartenant à la même catégorie. Par contraste, l'exception visant à éviter un préjudice ne s'applique que s'il y a préjudice ou risque de préjudice. Certaines exceptions sont obligatoires : s'il est établi que le document en cause est visé par l'exception, le responsable de l'institution n'aura pas le pouvoir discrétionnaire de décider de le communiquer; il devra refuser de le faire, sous réserve seulement de l'application de l'une ou l'autre des dispositions dérogatoires, tel le par. 20(6). Quoi qu'il en soit, nous n'avons pas à nous préoccuper de cette question. D'autres exceptions sont discrétionnaires : si l'on conclut au départ que le dossier est visé par l'exception prévue par la loi, le responsable aura le pouvoir discrétionnaire de décider s'il communiquera ou non le document en cause.

[98] Pour ce qui est des exceptions en matière de renseignements commerciaux confidentiels de tiers prévues au par. 20(1), il est clair que toutes ces exceptions touchant des tiers sont obligatoires : si le

exemption, the head must refuse to disclose it (putting aside the s. 20(6) public interest override):

**20.** (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains . . . .

[99] The trade secrets (s. 20(1)(*a*)) and the confidential information (s. 20(1)(*b*)) exemptions are class-based: once information in the record corresponds to the statutory provision, that information is exempted and the head must refuse to disclose it. The s. 20(1)(*c*) exemption is harm-based and applies only if disclosure could reasonably be expected to result in material financial loss or gain or to prejudice the competitive position of a third party.

(2) Section 20(1)(*a*): The Trade Secrets Exemption

(a) *Introduction*

[100] Section 20(1)(*a*) of the Act provides an exemption from disclosure for "any record . . . that contains trade secrets of a third party". The issues for decision here are first, how should "trade secrets" be defined and, second, did the Federal Court of Appeal err in its approach to s. 20(1)(*a*) in this case.

[101] In the NDS matter, the reviewing judge found that some parts of the record contained trade secrets and that they should be exempted from disclosure. However, he did not set out any definition of the term "trade secrets" or any chain of reasoning that led him to this conclusion. In the SNDS file, he did not find any documents to which the trade secrets exemption applied.

[102] The Court of Appeal took issue with the reviewing judge's conclusion about the legal test for trade secrets and the sort of evidence that is

document en cause est visé par l'exception, le responsable de l'institution doit refuser de le communiquer (abstraction faite de la dérogation en matière d'intérêt public prévue au par. 20(6)) :

**20.** (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant . . .

[99] Les exceptions en matière de secrets industriels (al. 20(1)*a*)) et de renseignements de nature confidentielle (al. 20(1)*b*)) sont catégorielles : si les renseignements contenus dans le document en cause sont visés par la disposition législative, l'exception s'applique et le responsable de l'institution doit refuser de les divulguer. Enfin, l'exception prévue à l'al. 20(1)*c*) en est une qui vise à éviter un préjudice et elle ne s'applique que si la divulgation des renseignements risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou des profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité.

(2) L'alinéa 20(1)*a*) : l'exception en matière de secrets industriels

a) *Introduction*

[100] L'alinéa 20(1)*a*) de la Loi prévoit une exception qui s'applique aux « documents contenant [. . .] des secrets industriels de tiers ». À cet égard, il faut d'abord se demander comment définir les « secrets industriels » et, ensuite, si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en appliquant cet alinéa.

[101] En ce qui concerne la PDN, le juge siégeant en révision a conclu que certaines parties du dossier contenaient des secrets industriels et qu'elles devaient être soustraites à la communication. Toutefois, il n'a ni défini les « secrets industriels », ni exposé le raisonnement qui avait mené à cette conclusion. Pour ce qui est du dossier de la PSDN, il n'a pas conclu que l'un ou l'autre des documents en cause était visé par cette exception.

[102] La Cour d'appel fédérale a mis en doute la conclusion du juge siégeant en révision concernant le critère juridique applicable aux secrets industriels

required to bring a record within the exemption. It noted that the reviewing judge had failed to set out the applicable legal test or how it applied to the documents which he found to be exempt. The Court of Appeal found that the proper test was that set out in the reasons of Strayer J. (as he then was) in *Société Gamma Inc. v. Canada (Department of the Secretary of State)* (1994), 56 C.P.R. (3d) 58 (F.C.T.D.), at pp. 62-63, and as elaborated on by Phelan J. in *AstraZeneca*, at paras. 62-65. The Court of Appeal also concluded that the evidence to support such an exemption would have to meet a "high threshold" and that "[a]nyone who relies on that provision must necessarily furnish specific, objective and detailed evidence that the information constitutes a trade secret" (para. 54). Finding that Merck's statements on trade secrets were very broad and entangled with its s. 20(1)(*b*) claims, the Court of Appeal concluded that Merck had not met its burden of providing objective and specific evidence that any of the records contained information that constituted a trade secret.

et le type de preuve nécessaire pour conclure qu'un document donné est visé par l'exception. Elle a souligné que le juge siégeant en révision n'avait ni mentionné le critère juridique applicable, ni expliqué comment celui-ci s'appliquait aux documents qui, selon lui, étaient visés par l'exception. La Cour d'appel fédérale a conclu que le critère applicable était celui que le juge Strayer (plus tard juge de la Cour d'appel fédérale) a décrit dans les motifs qu'il a exposés dans *Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1994] A.C.F. nº 589 (QL) (1re inst.), par. 7, et que le juge Phelan a expliqués en détail dans *AstraZeneca*, par. 62-65. La Cour d'appel fédérale a également conclu que la preuve nécessaire pour invoquer cette exception devait atteindre un « seuil [qui] est élevé » et que « celui qui l'invoque doit fournir une preuve spécifique, objective et précise qu'un renseignement constitue un secret industriel » (par. 54). Après avoir conclu que ses déclarations à l'égard des secrets industriels étaient très générales et entremêlées à ses demandes fondées sur l'al. 20(1)*b*), la Cour d'appel fédérale a conclu que Merck ne s'était pas acquittée du fardeau qui lui incombait de fournir une preuve objective et spécifique établissant que l'un ou l'autre des documents en cause contenait des renseignements qui constituaient des secrets industriels.

### (b) *The Definition of "Trade Secrets"*

[103] I agree with the Federal Court of Appeal that the approach to trade secrets set out by Phelan J. in *AstraZeneca* is correct, although I do not find it helpful to characterize this as a restrictive definition or as setting a high threshold. My reasons follow.

[104] Under the modern approach to statutory interpretation, the interpretation of "trade secrets" must take into account the text, purpose and scheme of the legislation (*Rizzo*, at para. 21). Turning first to the text, there is no definition of "trade secrets" in the Act. Given that fact and that the term is a familiar legal term which has only a technical meaning, I infer that Parliament intended that the technical legal definition should apply: see R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 57-58. However,

### b) *La définition de « secrets industriels »*

[103] Je suis d'accord avec la Cour d'appel fédérale que l'approche décrite par le juge Phelan dans *AstraZeneca* en matière de secrets industriels est juste, mais je ne crois pas utile de la qualifier de définition restrictive ou d'approche fixant un seuil élevé, et voici pourquoi.

[104] Selon l'approche moderne en matière d'interprétation des lois, l'interprétation du terme « secrets industriels » doit tenir compte du libellé de la loi, de son objectif et du régime qu'elle prévoit (*Rizzo*, par. 21). Tout d'abord, en ce qui concerne le libellé, la Loi ne définit pas en quoi consistent les « secrets industriels ». Compte tenu de ce fait, et comme il s'agit d'un terme juridique familier dont le sens est purement technique, je conclus que le législateur voulait que la définition juridique technique de ce terme s'applique : voir R. Sullivan, *Sullivan on*

although "trade secrets" is a technical legal term, it does not have a comprehensive definition: R. T. Hughes, D. P. Clarizio and N. Armstrong, *Hughes & Woodley on Patents* (2nd ed. (loose-leaf)), at §102; R. T. Hughes and D. P. Clarizio, *Halsbury's Laws of Canada — Patents, Trade Secrets and Industrial Designs* (2007), "Trade Secret", at para. HPT-180.

[105] I turn next to the broad legal context of the term as understood in the civil and common law. In Quebec civil law, two expressions are used to convey the notion of trade secret: "*secret industriel*" and "*secret commercial*". While these are technical legal terms, as they are in the common law, they do not have comprehensive definitions. R. Doray and F. Charette, in *Accès à l'information: loi annotée: jurisprudence, analyse et commentaires* (loose-leaf), at p. II/22-4, in fact suggest that "*secret industriel*" is a common law notion. I would note, however, that the French-language phrase "*secrets industriels*", which is the phrase used in the French version of the Act, suggests that the information referred to must relate to a technical matter capable of commercial or industrial application: see S. Parisien, *Les secrets commerciaux et la Loi sur l'accès à l'information du Québec* (1993), at pp. 22-25, on the meaning of "*secret industriel*" in the equivalent Quebec legislation. At common law, it is clear that a trade secret is a subset of confidential commercial information, but, other than in the employment setting, the common law has tended not to make a clear distinction between trade secrets and the broader category of confidential commercial information: see, e.g., *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963, at pp. 974-75; D. Vaver, "Civil Liability for Taking or Using Trade Secrets in Canada" (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 253, at p. 258.

[106] Turning next to the scheme of the Act, this distinction between trade secrets and confidential commercial information finds expression in ss. 20(1)(*a*) and 20(1)(*b*). The former provision provides

*the Construction of Statutes* (5e éd. 2008), p. 57-58. Toutefois, même s'il a un sens technique propre au domaine juridique, le terme « secrets industriels » ne fait l'objet d'aucune définition exhaustive : R. T. Hughes, D. P. Clarizio et N. Armstrong, *Hughes & Woodley on Patents* (2e éd. (feuilles mobiles)), §102; R. T. Hughes et D. P. Clarizio, *Halsbury's Laws of Canada — Patents, Trade Secrets and Industrial Designs* (2007), « Trade Secret », par. HPT-180.

[105] J'examinerai maintenant le contexte juridique général du terme au sens du droit civil et de la common law. En droit civil québécois, deux expressions sont utilisées pour transmettre l'idée de secret industriel : « secret industriel » et « secret commercial ». Bien qu'il s'agisse de termes techniques propres au domaine juridique, comme c'est le cas en common law, ils ne sont pas l'objet de définitions exhaustives. En fait, R. Doray et F. Charette affirment dans l'ouvrage intitulé *Accès à l'information : loi annotée : jurisprudence, analyse et commentaires* (feuilles mobiles), à la p. II/22-4, que le « secret industriel » est une notion de common law. Je souligne toutefois que le terme « secrets industriels », qui est utilisé dans la Loi, donne à penser que les renseignements en cause doivent se rapporter à un aspect technique susceptible d'application commerciale ou industrielle : voir S. Parisien, *Les secrets commerciaux et la Loi sur l'accès à l'information du Québec* (1993), p. 22-25, quant au sens du terme « secret industriel » dans la loi québécoise correspondante. En common law, il est clair que les secrets industriels sont une sous-catégorie de renseignements commerciaux de nature confidentielle, mais, sauf dans le contexte du droit du travail, on a eu tendance à ne pas faire de distinction nette entre les secrets industriels et la catégorie plus large des renseignements commerciaux de nature confidentielle : voir, p. ex., *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963, p. 974-975; D. Vaver, « Civil Liability for Taking or Using Trade Secrets in Canada » (1981), 5 *Rev. can. dr. comm.* 253, p. 258.

[106] En ce qui concerne le régime prévu par la Loi, cette distinction entre les secrets industriels et les renseignements commerciaux de nature confidentielle se reflète aux al. 20(1)*a*) et *b*). La première

for an exemption for trade secrets, while the latter provision provides separately for an exemption for confidential financial, commercial, scientific or technical information. This suggests that "trade secrets" in s. 20(1)(*a*) was intended to be a narrower concept than the more general class of confidential, financial, commercial, scientific or technical information set out in s. 20(1)(*b*). That a narrower ambit for trade secrets must have been intended is reinforced by the fact that the trade secrets exemption is not subject to the public interest override in s. 20(6), while the confidential information exemption in s. 20(1)(*b*) is subject to it. This approach also accords with the principle that exceptions to the right of access should be limited and specific (s. 2(1)). In this way, the Act's purpose of providing broad access rights is protected.

disposition prévoit une exception en matière de secrets industriels, alors que la seconde prévoit des exceptions distinctes pour ce qui est des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques qui sont de nature confidentielle. Cela donne à penser que le législateur a voulu que la notion de « secrets industriels » dont il est question à l'al. 20(1)*a*) soit plus étroite que la catégorie plus générale des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques de nature confidentielle mentionnés à l'al. 20(1)*b*). Cette hypothèse est étayée par le fait que l'exception relative aux secrets industriels n'est pas visée par la dérogation en matière d'intérêt public prévue au par. 20(6), contrairement à celle qui se rapporte aux renseignements de nature confidentielle prévue à l'al. 20(1)*b*). Cette approche est également compatible avec le principe que les exceptions au droit d'accès aux documents de l'administration fédérale doivent être précises et limitées (par. 2(1)). Ainsi, l'objet de la Loi, qui vise à accorder des droits d'accès étendus, est protégé.

[107] I turn to discuss a few of the leading authorities. One often-cited case is the decision of Chevrier J. in *R. I. Crain Ltd. v. Ashton*, [1949] O.R. 303 (H.C.J.), aff'd [1950] O.R. 62 (C.A.). In the context of an action against a former employee to restrain disclosure of the former employer's trade secrets, several characteristics of a trade secret are set out. These include that it is a plan or process, tool, mechanism or compound known only to its owner and his employees to whom it is necessary to confide it and that it usually is understood to mean a secret formula or process *not patented* but known only to certain individuals using it in compounding some article of trade having a commercial value (pp. 308-9).

[107] J'examinerai maintenant quelques-unes des décisions de principe en la matière. On invoque souvent la décision rendue par le juge Chevrier dans *R. I. Crain Ltd. c. Ashton*, [1949] O.R. 303 (H.C.J.), conf. par [1950] O.R. 62 (C.A.). Dans le contexte d'une action intentée par un employeur contre un ancien employé afin d'empêcher la divulgation de ses secrets industriels, plusieurs des caractéristiques du secret industriel ont été décrites. Il peut s'agir d'un plan ou procédé, d'un outil, d'un mécanisme ou d'un composé, qui n'est connu que de son propriétaire et de ses employés à qui il est nécessaire de le confier, et qui s'entend habituellement d'une formule secrète ou d'un procédé *non brevetés* qui ne sont connus que de certaines personnes qui l'utilisent dans la composition d'un quelconque article de commerce ayant une valeur commerciale (p. 308-309).

[108] I should refer as well to two other influential decisions concerning the definition of a "trade secret". In *Société Gamma*, Strayer J. considered Société's claim that tender submissions it made in connection with its bid to obtain a contract for translation services constituted a trade secret and

[108] Je crois utile de faire aussi mention de deux autres décisions influentes concernant la définition du « secret industriel ». Dans *Société Gamma*, le juge Strayer a examiné la prétention de la requérante selon laquelle les appels d'offres qu'elle avait faits en vue d'obtenir un contrat de services

were therefore exempt from disclosure. He noted that there is no need to demonstrate harm in order to fall within either the trade secret or the confidential commercial information exemption and that there must be some difference between a "trade secret" and something which is merely "confidential" and supplied to a government institution. He then defined "trade secret" as follows, at pp. 62-63:

I am of the view that a trade secret must be something, probably of a technical nature,* which is guarded very closely and is of such peculiar value to the owner of the trade secret that harm to him would be presumed by its mere disclosure.

* This impression is strengthened by the French version which uses the term "secrets industriels" as the equivalent of "trade secret".

[109] Another influential decision is that of Phelan J. in *AstraZeneca*, which was a review of a decision to release records related to an NDS. Phelan J. held that Parliament's intention was to protect genuine trade secrets based on the common law definition of the term. He cited the *Société Gamma* definition, but noted that the question is not whether the interpretation of "trade secrets" should be broad or narrow but whether the record falls within the legal definition of "trade secrets" (paras. 62-63). He referred with apparent approval to Health Canada's *Access to Information Act — Third Party Information — Operational Guidelines*, which sets out four criteria to be met by a trade secret (para. 64). These elements are the same as in the Guidelines in evidence before us, which read:

- the information must be secret in an absolute or relative sense (i.e. known only by one or a relatively small number of persons);

de traduction constituaient un secret industriel et étaient donc soustraits à la communication. Il a souligné qu'il n'était pas nécessaire d'établir l'existence d'un préjudice afin de bénéficier de l'exception en matière de secret industriel ou de celle relative aux renseignements commerciaux de nature confidentielle, et qu'il devait y avoir une certaine différence entre le « secret industriel » et le simple renseignement « confidentiel » fourni à une institution fédérale. Il a ensuite défini comme suit le « secret industriel », au par. 7 :

Pour ma part, j'estime qu'un secret industriel doit être un renseignement, probablement de caractère technique* que l'on garde très jalousement et qui est pour celui qui le possède tellement précieux que sa seule divulgation ferait naître en faveur de ce possesseur une présomption de préjudice.

* La version française, qui donne « secrets industriels » comme équivalent de l'expression anglaise « trade secrets », vient renforcer cette impression.

[109] Je mentionne également la décision influente que le juge Phelan a rendue dans *AstraZeneca*. Il s'agissait de l'examen d'une décision de communiquer des documents liés à une PDN. Le juge Phelan a conclu que l'intention du législateur était de protéger les secrets industriels véritables selon la définition du terme en common law. Il a fait référence à la définition de ce terme dans *Société Gamma*, mais a souligné que la question n'était pas tant de savoir s'il convenait d'interpréter cette définition de façon large ou restrictive, mais plutôt si les renseignements en cause étaient visés par la définition juridique du « secret industriel » (par. 62-63). Il a fait mention, apparemment avec approbation, d'un document de Santé Canada intitulé *Lignes directrices opérationnelles concernant la Loi sur l'accès à l'information et l'information portant sur des tiers*, qui prévoit quatre critères à satisfaire pour que le renseignement visé constitue un secret industriel (par. 64). Ces éléments sont les mêmes que ceux qui figurent dans les lignes directrices dont nous sommes saisis, qui sont ainsi libellés :

- l'information doit être secrète dans un sens absolu ou relatif (c'est-à-dire qu'elle est connue seulement d'une ou de quelques personnes);

- the possessor of the information must demonstrate that he has acted with the intention to treat the information as secret;

- the information must be capable of industrial or commercial application;

- the possessor must have an interest (e.g. an economic interest) worthy of legal protection. [Annex A]

[110] Phelan J. concluded, at para. 65:

The type of information which could potentially fall into this class includes the chemical composition of a product and the manufacturing processes used. However, it is not every process or test which would fall into this class particularly where such process or test is common in a particular industry.

[111] Health Canada argues that this is the appropriate definition of "trade secret". I agree. I particularly underline Phelan J.'s comment that the point is not whether the term is to receive a "broad" or a "narrow" definition (para. 63), but rather that the term should be given its traditional legal meaning.

[112] Phelan J.'s reasons, along with the portion of the Guidelines which he adopts, appropriately capture that traditional legal meaning. A "trade secret" for the purposes of s. 20(1) of the Act should be understood as being a plan or process, tool, mechanism or compound which possesses each of the four characteristics set out in the Guidelines which I have quoted above. This approach is consistent with the common law definition of "trade secrets" and takes account of the clear legislative intent that a trade secret is something different from the broader category of confidential commercial information which is separately and specifically protected under the Act. This approach is also consistent with the use of "*secrets industriels*" in the French version of the Act, as discussed above.

[113] Merck suggests that the *Security of Information Act*, R.S.C. 1985, c. O-5, s. 19(4),

- le détenteur de l'information doit démontrer qu'il a agi avec l'intention de traiter l'information comme si elle était secrète;

- l'information doit avoir une application pratique dans le secteur industriel ou commercial;

- le détenteur doit avoir un intérêt (par exemple, un intérêt économique) digne d'être protégé par la loi. [annexe A]

[110] Le juge Phelan a conclu ce qui suit, au par. 65 :

Le genre de renseignements qui est susceptible de tomber dans cette catégorie inclut la composition chimique d'un produit et les procédés de fabrication utilisés. Toutefois, ce ne sont pas tous les procédés ou tous les essais qui se rangeraient dans cette catégorie, surtout lorsque, dans une industrie particulière, le procédé ou l'essai en question est répandu.

[111] Santé Canada prétend qu'il s'agit là de la définition correcte du « secret industriel ». Je souscris à cette opinion. Je souligne en particulier les propos du juge Phelan selon lesquels la question n'est pas de savoir si le terme doit être défini de façon « large » ou « restrictive » (par. 63), mais plutôt si le terme devrait recevoir son sens juridique traditionnel.

[112] Les motifs du juge Phelan, ainsi que la partie des lignes directrices qu'il adopte, traduisent convenablement ce sens juridique traditionnel. Pour les fins du par. 20(1) de la Loi, le « secret industriel » doit s'entendre d'un plan ou procédé, d'un outil, d'un mécanisme ou d'un composé qui possède chacune des quatre caractéristiques énoncées dans les lignes directrices et dont je viens de faire mention. Cette approche est conforme à la définition du « secret industriel » en common law et elle tient compte du fait que le législateur a manifestement voulu que le secret industriel soit distinct de la catégorie plus large des renseignements commerciaux de nature confidentielle, lesquels font expressément l'objet d'une protection légale qui leur est propre. Cette approche est également conforme à l'utilisation du terme « secrets industriels » dans la Loi, comme je l'ai déjà mentionné.

[113] Merck affirme que le par. 19(4) de la *Loi sur la protection de l'information*, L.R.C. 1985, ch. O-5,

and the NAFTA definitions of "trade secret" should colour the definition to be given to "trade secrets" under the Act. Merck, however, stops short of advancing a particular definition, submitting simply that the term must be defined in a way that is consistent with other federal statutes and Canada's international treaty obligations.

[114] Turning to the former point first, Merck argues that "trade secrets" in the Act should be interpreted consistently with the definition of that term in s. 19(4) of the *Security of Information Act*:

**19.** . . .

(4) For the purpose of this section, "trade secret" means any information, including a formula, pattern, compilation, program, method, technique, process, negotiation position or strategy or any information contained or embodied in a product, device or mechanism that

(*a*) is or may be used in a trade or business;

(*b*) is not generally known in that trade or business;

(*c*) has economic value from not being generally known; and

(*d*) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy.

[115] Merck also argues that the Act's notion of a "trade secret" should be construed according to NAFTA which provides, at art. 1711:

1. Each Party shall provide the legal means for any person to prevent trade secrets from being disclosed to, acquired by, or used by others without the consent of the person lawfully in control of the information in a manner contrary to honest commercial practices, in so far as:

et la façon dont les secrets commerciaux sont définis dans l'ALÉNA doivent avoir une incidence sur l'interprétation du terme « secrets industriels » dans la Loi. Toutefois, Merck ne va pas jusqu'à en proposer une définition particulière, se contentant de faire valoir qu'il convient de définir ce terme d'une manière compatible avec les autres lois fédérales et les obligations du Canada issues de traités internationaux.

[114] En ce qui concerne le premier point, Merck prétend qu'il convient de donner à la notion de « secrets industriels » dans la Loi une interprétation compatible avec la définition de « secret industriel » qui se trouve au par. 19(4) de la *Loi sur la protection de l'information* :

**19.** . . .

(4) Pour l'application du présent article, « secret industriel » s'entend des renseignements — notamment formule, modèle, compilation, programme, méthode, technique, procédé ou position ou stratégie de négociation, ou renseignements contenus dans un produit, un appareil ou un mécanisme ou incorporés à ceux-ci — qui, à la fois :

*a*) sont ou peuvent être utilisés dans une industrie ou un commerce;

*b*) ne sont pas généralement connus dans cette industrie ou ce commerce;

*c*) ont une valeur économique du fait qu'ils ne sont pas généralement connus;

*d*) font l'objet de mesures raisonnables dans les circonstances pour en protéger le caractère confidentiel.

[115] Merck soutient également qu'il convient de donner à la notion de « secrets industriels » dans la Loi une interprétation compatible avec l'ALÉNA, qui prévoit ce qui suit à son art. 1711 :

1. Chacune des Parties assurera à toute personne les moyens juridiques d'empêcher que des secrets commerciaux ne soient divulgués à des tiers, acquis ou utilisés par eux, sans le consentement de la personne licitement en possession de ces renseignements et d'une manière contraire aux pratiques commerciales honnêtes, dans la mesure où :

(a) the information is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons that normally deal with the kind of information in question;

(b) the information has actual or potential commercial value because it is secret; and

(c) the person lawfully in control of the information has taken reasonable steps under the circumstances to keep it secret.

(*North American Free Trade Agreement*, Can. T.S. 1994 No. 2)

[116] I am not persuaded by these submissions. I am not sure there is much difference between the definition in *AstraZeneca* and the definition in the *Security of Information Act*. Moreover, we cannot simply incorporate into the *Access to Information Act*, which contains no definition of the term "trade secrets", definitions adopted in different contexts. The *Official Secrets Act* was amended in the wake of the September 11, 2001 attacks as part of the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, where it was renamed the *Security of Information Act* (s. 25). The definition of "trade secret" in s. 19(4) was part of that initiative. The purposes of the *Access to Information Act* and the *Security of Information Act* are significantly different. While maintaining national security is not incompatible with ensuring government accountability and democracy, it seems clear that access to information may be limited where issues of national security come into play: see ss. 15 and 16 of the Act. Therefore, it would not be appropriate to import into the access to information context the definition of "trade secret" set out under the heading Economic Espionage in the *Security of Information Act*.

[117] As for the appellant's reliance on art. 1711 of NAFTA, it does not support the conclusion for which Merck contends. Before discussing the

a) les renseignements sont secrets, en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;

b) les renseignements ont une valeur commerciale, réelle ou potentielle, du fait qu'ils sont secrets; et

c) la personne licitement en possession de ces renseignements a pris des dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, en vue de les garder secrets.

(*Accord de libre-échange nord-américain*, R.T. Can. 1994 n° 2)

[116] Ces arguments ne me convainquent pas. En effet, je ne crois pas qu'il y ait une grande différence entre la définition énoncée dans *AstraZeneca* et celle qui figure dans la *Loi sur la protection de l'information*. En outre, nous ne pouvons pas introduire tout bonnement dans la Loi — qui ne contient aucune définition du terme « secrets industriels » — des définitions élaborées dans d'autres contextes. La *Loi sur les secrets officiels* a été modifiée dans la foulée des attentats du 11 septembre 2001 par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, qui en a remplacé le titre par *Loi sur la protection de l'information* (art. 25). C'est à cette occasion que la définition de « secret industriel », qui se trouve au par. 19(4) de cette loi, y a été ajoutée. Les objets que visent la Loi, d'une part, et la *Loi sur la protection de l'information*, d'autre part, diffèrent grandement. Le maintien de la sécurité nationale n'est certes pas incompatible avec le fait d'assurer la responsabilité de l'administration publique et la protection de la démocratie, mais il semble clair que l'accès à l'information peut parfois être limité dans les cas où la sécurité nationale entre en jeu : voir les art. 15 et 16 de la Loi. Par conséquent, il ne conviendrait pas d'introduire dans le contexte de l'accès à l'information la définition de « secret industriel » qui figure dans la *Loi sur la protection de l'information* sous la rubrique qui traite de l'espionnage économique.

[117] Quant à l'argument de l'appelante fondé sur l'art. 1711 de l'ALÉNA, j'estime qu'il n'étaye pas la conclusion que cette dernière cherche à faire

significance of the NAFTA definition, I would note that art. 39 of the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, 1869 U.N.T.S. 299 ("TRIPS"), is also potentially relevant. This article calls for the protection of secret, commercially valuable "information". I accept, of course, that to the extent possible domestic legislation should be interpreted so that it is consistent with Canada's international obligations: see *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 53; see also, e.g., *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, at pp. 409-10; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 137; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 70; and *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, at para. 50. However, Canada is not necessarily required to adopt the treaty definition of "trade secrets" into its access to information law in order to fulfill its treaty obligations. These obligations could be fulfilled in other ways. As the respondent notes, Canada has opted to address these obligations in the pharmaceutical context by focussing on protecting parties against commercial use of their trade secrets by others. The amendments to the *Food and Drug Regulations* in 1995 and 2006 reflect this approach: *Food and Drug Regulations, amendment*, SOR/95-411, and *Regulations Amending the Food and Drug Regulations (Data Protection)*, SOR/2006-241. It would not be appropriate to decide in this case whether this complies with Canada's treaty obligations. This choice of approach, however, undermines Merck's argument that Parliament intended the definition of "trade secret" in s. 20(1)(*a*) to mirror the NAFTA definition.

[118] Similarly, protection of a broader class of confidential commercial information under s. 20(1)(*b*) and the protection of personal information under s. 19 of the Act further weaken Merck's argument in relation to s. 20(1)(*a*). These provisions cover information that may be caught by

valoir. Mais avant de discuter de l'importance de la définition figurant dans l'ALÉNA, j'aimerais souligner que l'art. 39 de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 1869 R.T.N.U. 332 (« ADPIC »), pourrait aussi être pertinent. Cet article exige la protection des « renseignements » secrets ayant une valeur commerciale. J'accepte évidemment que, dans la mesure du possible, les lois internes devraient être interprétées de façon à être compatibles avec les obligations internationales du Canada : voir *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 53; voir également, p. ex., *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, p. 409-410; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 137; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70; et *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, par. 50. Toutefois, le Canada ne doit pas nécessairement reprendre dans sa loi sur l'accès à l'information la définition des « secrets industriels » qui figure dans les traités afin de remplir ses obligations issues de traités. En effet, il existe d'autres moyens de remplir ces obligations. Comme le souligne l'intimé, le Canada a choisi de s'acquitter de ses obligations dans le contexte pharmaceutique en mettant l'accent sur la protection des parties contre l'utilisation commerciale de leurs secrets industriels par des tiers. Les modifications apportées au *Règlement sur les aliments et drogues* en 1995 et 2006 reflètent cette approche : *Règlement sur les aliments et drogues — Modification*, DORS/95-411, et *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues (protection des données)*, DORS/2006-241. Il n'y a pas lieu de décider en l'espèce si cela est conforme ou non aux obligations du Canada issues de traités. Toutefois, cette façon de procéder mine l'argument de Merck que le législateur voulait que la notion de « secrets industriels » à l'al. 20(1)*a*) soit le reflet fidèle de ce que contient l'ALÉNA.

[118] Dans le même ordre d'idée, la protection d'une catégorie plus large de renseignements commerciaux de nature confidentielle que confère l'al. 20(1)*b*) et celle des renseignements personnels que prévoit l'art. 19 de la Loi affaiblissent davantage l'argument de Merck relativement à l'al. 20(1)*a*).

the purportedly wider art. 1711 of NAFTA and art. 39 of TRIPS. This suggests that Parliament has intended to fulfill its international obligations by means that go beyond protection of "trade secrets" under s. 20(1)(*a*). I conclude that consideration of NAFTA and TRIPS does not indicate that Parliament intended a definition of "trade secrets" that is broader than the definition I have endorsed above.

Ces dispositions portent sur les renseignements susceptibles d'être visés par l'art. 1711 de l'ALÉNA et l'art. 39 de l'ADPIC, dont la portée, fait-on valoir, est plus étendue. Cela donne à penser que le législateur a voulu s'acquitter de ses obligations internationales par le biais de moyens qui dépassent la protection des « secrets industriels » que confère l'al. 20(1)*a*). À mon avis, il ne ressort nullement de l'examen de l'ALÉNA et de l'ADPIC que le législateur a voulu créer une définition des « secrets industriels » dont la portée serait plus large que celle de la définition à laquelle je viens de souscrire.

[119] The Court of Appeal, while citing *AstraZeneca* and the Guidelines, insisted that "trade secrets" should be interpreted restrictively and that the jurisprudential threshold for invoking this exemption is high. These comments, in my respectful view, do not reflect the correct approach to this exemption. The question on review is simply whether the party claiming the exemption has established on the balance of probabilities that the record falls within the definition I have set out above.

[119] La Cour d'appel fédérale, bien qu'elle ait invoqué *AstraZeneca* et les lignes directrices à l'appui de son raisonnement, a insisté que les « secrets industriels » devaient être interprétés de façon restrictive et que le seuil qui se dégage de la jurisprudence pour invoquer cette exception est élevé. Ces commentaires, à mon humble avis, ne reflètent pas la façon dont il convient d'aborder cette exception. La question à trancher est simplement de savoir si la partie invoquant l'exception a établi selon la prépondérance des probabilités que le dossier était visé par la définition que j'ai décrite.

(c) *Application*

c) *Application*

[120] I agree with the Court of Appeal's definition of "trade secrets", but in my respectful view it placed an unduly heavy burden on Merck to establish that the definition applied as I have just outlined. By imposing the burden it did, the Court of Appeal erred in law. However, my view is that this error did not result in the Court of Appeal reaching the wrong conclusion about how s. 20(1)(*a*) applies here. In my respectful view, it did not err in finding that Merck's evidence simply was not capable of establishing that the documents, which the reviewing judge found to be exempted, contained trade secrets or revealed trade secrets.

[120] Je souscris à la définition des « secrets industriels » énoncée par la Cour d'appel fédérale, mais, à mon humble avis, celle-ci a imposé un fardeau indûment lourd à Merck en lui demandant d'établir que la définition s'appliquait comme je viens tout juste de le décrire. En imposant un tel fardeau à Merck, la Cour d'appel fédérale a commis une erreur de droit. Toutefois, selon moi, cette erreur ne l'a pas amenée à tirer la mauvaise conclusion sur la façon dont il convient d'appliquer l'al. 20(1)*a*) en l'espèce. À mon humble avis, elle n'a pas commis d'erreur en concluant que la preuve de Merck ne permettait tout simplement pas d'établir que les documents qui, selon le juge siégeant en révision, étaient visés par l'exception, contenaient des secrets industriels ou révélaient des secrets industriels.

[121] Before this Court, the parties filed a Joint Record of Pages in Issue indicating that Merck relies on the s. 20(1)(*a*) exemption for over 150

[121] Devant la Cour, les parties ont déposé un dossier conjoint sur les pages en litige indiquant que Merck invoque l'exception prévue à l'al. 20(1)*a*)

pages in the NDS and 10 pages in the SNDS, all of which are contested by Health Canada. However, Merck's submissions in this Court focus exclusively on 37 pages in the NDS which the reviewing judge concluded were exempt from disclosure because they contained trade secrets: see Beaudry J., at para. 105 (2006 FC 1201). Of these, the Joint Record indicates that 7 pages are no longer in issue. Merck contends that the records in issue contain details of the specific manufacturing process used for the drug and that such information is quintessentially a trade secret. Health Canada submits that to the extent that portions of these records reveal trade secrets, such information has been redacted.

[122] Health Canada does not seriously contest the proposition that confidential information about the specific manufacturing process used for the drug may be a "trade secret" under s. 20(1)(*a*), provided that the other elements of the definition I have outlined above are satisfied. The difficulty here is not about the definition of "trade secrets" or about how elevated the threshold is, but that Merck's evidence is not responsive to the records as currently redacted. It does not explain how what remains in the records constitutes trade secrets within the meaning of the exemption.

[123] One example will demonstrate the difficulty with Merck's position and the reviewing judge's decision. In its factum, Merck reproduces an excerpt from the affidavit of Robert Sarrazin (sworn June 1, 2001) which sets out Merck's objections to the disclosure of pages 469 and 470 of the records at issue in the NDS file: see C.A. reasons, at para. 49. Merck advances this as "an example of the supporting evidence" which Merck submits shows that "it has met any evidentiary burden upon it in relation to s. 20(1)(a) of the ATIA" (A.F., at para. 155; see also C.A. reasons, at para. 49). The reviewing judge found that both pages were exempt from disclosure, saying simply that they contained information which constituted trade secrets: see

relativement à plus de 150 pages de la PDN et à 10 pages de la PSDN, Santé Canada contestant l'application de l'exception dans chacun de ces cas. Toutefois, l'argumentation de Merck devant la Cour porte exclusivement sur 37 pages de la PDN, qui, selon le juge siégeant en révision, étaient soustraites à la communication parce qu'elles contenaient des secrets industriels : voir les motifs du juge Beaudry, par. 105 (2006 CF 1201). Selon le dossier conjoint, 7 de ces pages ne sont plus en litige. Merck prétend que les documents en litige contiennent des détails sur le procédé de fabrication de la drogue et que les renseignements de cette nature constituent invariablement des secrets industriels. Santé Canada prétend que les parties de ces documents révélant des secrets industriels en ont été retranchées.

[122] Santé Canada ne conteste pas véritablement l'affirmation selon laquelle les renseignements confidentiels sur le procédé de fabrication de la drogue peuvent constituer des « secrets industriels » pour les fins de l'al. 20(1)*a*), dans la mesure où il est établi qu'ils satisfont aux autres éléments de la définition que j'ai décrite. La difficulté, à cet égard, ne porte ni sur la définition de « secrets industriels », ni sur la question de savoir dans quelle mesure le seuil à atteindre doit être élevé, mais plutôt sur l'absence de lien entre la preuve de Merck et les documents sous leur forme expurgée actuelle. En effet, la preuve n'explique pas en quoi les renseignements contenus dans ces documents constituent des secrets industriels qui, à ce titre, sont visés par l'exception.

[123] Il suffit d'un seul exemple pour démontrer en quoi la position de Merck et la décision du juge siégeant en révision sont problématiques. Dans son mémoire, Merck a repris un extrait de l'affidavit de Robert Sarrazin (daté du 1er juin 2001) qui explique les objections de Merck à la communication des pages 469 et 470 des documents en litige en ce qui concerne le dossier de la PDN : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 49. Merck avance qu'il s'agit là d'[TRADUCTION] « un exemple de preuve à l'appui » qui, selon elle, établit qu'« elle s'est acquittée de la charge de la preuve qui lui incombe selon l'al. 20(1)*a*) de la Loi » (m.a., par. 155; voir également les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 49). Le juge siégeant en révision a conclu que ces

Beaudry J., at para. 105 (2006 FC 1201). Although Merck set out this evidence in its factum, it advised after the hearing in this Court that it is no longer seeking exemption for page 470. However, the evidence in relation to these two pages illustrates the deficiencies in the reviewing judge's decision.

[124] In his affidavit, Mr. Sarrazin objects to disclosing pages 469 and 470 because they contain certain information which in his view constitutes trade secrets. However, in the version of pages 469 and 470 which Health Canada proposed to disclose and which was before the reviewing judge, both have been heavily redacted with the entire table on page 470 having been removed: see C.A. reasons, at paras. 49 and 51. Thus, the evidence before the reviewing judge from Merck was that these pages contained trade secrets while Health Canada's evidence was that it had agreed to delete all such content and indeed that the content of the table on page 470 had been deleted more than four years before the hearing before the reviewing judge. On this record, the reviewing judge's conclusion that virtually blank pages constituted trade secrets is a palpable and overriding error.

[125] As noted in *Housen*, the failure of a judge at first instance to discuss a relevant factor in depth, or even at all, is not itself a sufficient basis for an appellate court to reconsider the evidence (para. 39). However, the judge's failure to address relevant matters may constitute a material error justifying appellate intervention if the omission gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his or her conclusion: *Housen*, at para. 39, citing *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, at para. 15. In this case, the reviewing judge ruled that an essentially blank page is a trade secret. He made this ruling

deux pages étaient soustraites à la communication, en disant simplement qu'elles contenaient des renseignements qui constituaient des secrets industriels : voir les motifs du juge Beaudry, par. 105 (2006 CF 1201). Bien qu'elle ait invoqué cette preuve dans son mémoire, Merck a déclaré, après l'audience devant notre Cour, qu'elle ne s'opposait plus à la communication de la page 470. Cependant, la preuve se rapportant à ces deux pages fait ressortir les lacunes de la décision du juge siégeant en révision.

[124] Dans son affidavit, M. Sarrazin s'opposait à la communication des pages 469 et 470 au motif qu'elles contenaient certains renseignements qui, à ses dires, constituaient des secrets industriels. Mais les versions de ces pages que Santé Canada entendait communiquer et dont le juge siégeant en révision disposait ont toutes les deux été grandement expurgées, le tableau de la page 470 ayant même été éliminé au complet : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 49 et 51. Par conséquent, selon la preuve de Merck dont disposait le juge siégeant en révision, ces pages contenaient des secrets industriels, alors qu'il ressort de la preuve de Santé Canada que le ministère avait accepté de retirer tout le contenu de cette nature, ayant même éliminé le contenu du tableau de la page 470 plus de quatre ans avant l'audition devant le juge. Compte tenu du dossier, la conclusion du juge que des pages qui ne contenaient presque plus rien constituaient des secrets industriels est une erreur manifeste et dominante.

[125] Comme il a été souligné dans *Housen*, l'omission d'un juge de première instance d'examiner en profondeur un facteur pertinent, voire d'aborder la question, ne constitue pas à elle seule un fondement suffisant pour permettre à une cour d'appel d'apprécier la preuve à son tour (par. 39). Cependant, l'omission du juge de traiter de questions pertinentes peut constituer une erreur matérielle justifiant l'intervention de la cour d'appel si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée : *Housen*, par. 39, citant *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2

without referring to either the applicable legal test or to the relevant evidence. This, in my respectful view, was a material error as discussed in *Housen* and justified the Federal Court of Appeal's intervention. While it could have decided to remit the matter for further review by a judge at first instance, the fact that the record had already been the subject of two review processes in the Federal Court supports its decision to review the record and apply the exemption itself.

[126] I agree with my colleague Deschamps J. that a reviewing judge should not be required to provide a word-by-word, line-by-line, or even page-by-page explanation for his or her decision and that, if appropriate, the judge can address the case on the basis of categories of records. However, there is some considerable distance between a judge not providing a word-by-word explanation and, as here, a judge providing no explanation at all in circumstances that give rise to a reasoned belief that the judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion. It is well within the bounds of deference as described in *Housen* for an appellate court to reconsider the record in these circumstances.

[127] I would therefore uphold the decision of the Court of Appeal which set aside the reviewing judge's decision that these documents fall within the exemption.

(3) The Section 20(1)(*b*) Exemption

(a) *Introduction*

[128] Section 20(1)(*b*) provides an exemption for a third party's confidential financial, commercial, scientific or technical information:

R.C.S. 1014, par. 15. En l'espèce, le juge siégeant en révision a conclu qu'une page à peu près vidée de son contenu constituait un secret industriel. Il a tiré cette conclusion sans faire référence au critère juridique applicable ou à la preuve pertinente. J'estime en toute déférence que cela constituait une erreur matérielle au sens de *Housen* qui justifiait l'intervention de la Cour d'appel fédérale. Certes, la Cour d'appel fédérale aurait pu décider de renvoyer l'affaire à un juge de première instance pour qu'il l'examine à son tour, mais le fait que le dossier avait déjà fait l'objet de deux processus de révision en Cour fédérale étaye sa décision d'examiner elle-même le dossier et d'appliquer l'exception invoquée.

[126] Je suis d'accord avec ma collègue la juge Deschamps que le juge siégeant en révision ne doit pas être tenu de justifier sa décision en faisant référence à chaque mot, chaque ligne, voire chaque page en litige, et qu'il peut traiter de l'affaire selon l'approche catégorielle s'il y a lieu. Cependant, l'omission d'un juge de fournir une explication en faisant référence à chaque mot diffère grandement de l'absence de toute explication de la part du juge, comme c'est le cas en l'espèce, dans des circonstances qui donnent lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée. La cour d'appel qui fait son propre examen du dossier dans ces circonstances fait preuve d'un niveau de déférence qui respecte tout à fait les limites décrites dans *Housen*.

[127] Je suis donc d'avis de confirmer la décision par laquelle la Cour d'appel fédérale a annulé la décision du juge siégeant en révision que ces documents étaient visés par l'exception.

(3) L'exception prévue à l'al. 20(1)*b*)

a) *Introduction*

[128] L'alinéa 20(1)*b*) prévoit une exception qui s'applique aux renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques de nature confidentielle qui sont fournis par un tiers :

**20.** (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

. . .

(*b*) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;

[129] The reviewing judge upheld the exemptions Merck claimed with respect to 6 documents or portions of documents in the NDS file, and 49 documents in the SNDS file of which 44 remain in dispute. In both files, the reviewing judge noted that information found in the public domain, even if in a different form, is no longer confidential and then simply stated, without referring to the evidence or offering any further explanation, that certain pages were exempt from disclosure under s. 20(1)(*b*) because they contained confidential information that had been treated as such by Merck and was not in the public domain: see Beaudry J., at paras. 95 and 106 (2006 FC 1201), and at paras. 103 and 113 (2006 FC 1200).

[130] The Federal Court of Appeal set aside these findings. In the NDS file, it found that Merck's evidence was not responsive to the most recent redacted version of the documents in issue and that Merck had not provided any direct and objective evidence bringing those documents within the s. 20(1)(*b*) exemption (paras. 67-77). With respect to the SNDS file, the Court of Appeal similarly found an absence of evidence from Merck that the documents in issue were confidential or treated as such. If the Court of Appeal was correct that there was no evidence to support the reviewing judge's conclusion, appellate intervention was justified (*Housen*, at para. 1).

**20.** (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

. . .

*b*) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

[129] Le juge siégeant en révision a donné raison à Merck pour ce qui est des exceptions qu'elle a invoquées relativement à 6 documents ou parties de documents contenus dans le dossier de la PDN et 49 documents figurant dans celui de la PSDN, dont 44 sont toujours en litige. Le juge siégeant en révision a souligné, relativement à l'un et l'autre dossier, que les renseignements qui font partie du domaine public, même s'ils sont présentés différemment, ne sont plus confidentiels, et il a ajouté simplement, sans faire référence à la preuve et sans fournir d'autres explications, que certaines pages étaient visées par l'exception prévue à l'al. 20(1)*b*) parce qu'elles contenaient des renseignements confidentiels que Merck avait considérés comme tels et qui ne faisaient pas partie du domaine public : voir les motifs du juge Beaudry, par. 95 et 106 (2006 CF 1201), et par. 103 et 113 (2006 CF 1200).

[130] La Cour d'appel fédérale a annulé ces conclusions. Pour ce qui est du dossier se rapportant à la PDN, elle a conclu que la preuve de Merck ne tenait pas compte de la version expurgée la plus récente des documents en question et que Merck n'avait présenté aucune preuve directe et objective établissant qu'ils étaient visés par l'exception prévue à l'al. 20(1)*b*) (par. 67-77). En ce qui concerne le dossier de la PSDN, la Cour d'appel fédérale a pareillement conclu que Merck n'avait présenté aucune preuve démontrant que les documents en cause étaient confidentiels ou traités comme tels. Or, si la Cour d'appel fédérale a eu raison de conclure à l'absence de toute preuve étayant la conclusion du juge siégeant en révision, c'est à bon droit qu'elle est intervenue (*Housen*, par. 1).

[131] Merck asks us to conclude that all of the documents still in issue for which it claims a s. 20(1)(*b*) exemption should not be disclosed. Thus, it seeks not only exemption with respect to those pages for which the reviewing judge upheld Merck's objections, but also a finding that all of its other claimed s. 20(1)(*b*) exemptions as set out in the Joint Record of Pages in Issue should be upheld.

[131] Merck nous demande de conclure que l'ensemble des documents toujours en litige à l'égard desquels elle invoque l'exception prévue à l'al. 20(1)*b*) ne doivent pas être communiqués. Ainsi, elle cherche à obtenir non seulement que les pages à l'égard desquelles le juge siégeant en révision a accepté ses objections soient soustraites à la communication, mais également que la Cour fasse droit à toutes les autres exceptions qu'elle a invoquées en se fondant sur l'al. 20(1)*b*) et qui sont énumérées dans le dossier conjoint sur les pages en litige.

[132] Merck challenges the Court of Appeal's conclusion that there was no evidence to show the records in issue were exempt. I will address its submissions on that point at the end of this section. Three other issues also arise with respect to s. 20(1)(*b*). Two relate to whether the records are confidential financial, commercial, scientific or technical information. The third issue relates to what constitutes information "supplied to a government institution by a third party". It will be helpful to explain how these issues arise before turning to a more detailed discussion of them.

[132] Merck conteste la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle aucune preuve n'établissait que les documents en litige étaient visés par l'exception. J'examinerai les observations qu'elle a présentées à cet égard à la fin de la présente partie. Trois autres questions se posent relativement à l'al. 20(1)*b*). Deux d'entre elles portent sur la question de savoir si les documents en cause sont des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques de nature confidentielle, et la troisième, sur celle de savoir ce qui constitue des renseignements « fournis à une institution fédérale par un tiers ». Il est utile d'expliquer dans quel contexte ces questions se posent avant de les étudier en détail.

[133] In order to qualify for the exemption, the information must be (i) financial, commercial, scientific or technical information; (ii) confidential and consistently treated in a confidential manner by the third party; and (iii) supplied to a government institution by a third party. The parties accept the factors identified by MacKay J. in *Air Atonabee* as being appropriate to consider the question of whether information is confidential within the meaning of s. 20(1)(*b*).

[133] Pour être visés par l'exception, les renseignements doivent être (i) financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques, (ii) de nature confidentielle et traités comme tels de façon constante par le tiers, et (iii) fournis à une institution fédérale par un tiers. Les parties acceptent que les facteurs énumérés par le juge MacKay dans *Air Atonabee* sont à prendre en considération pour décider si les renseignements visés sont de nature confidentielle au sens de l'al. 20(1)*b*).

[134] The first of those factors considers whether the information in the record has already been made publicly available (*Air Atonabee*, at p. 272). In particular, the question is whether disclosure by the government institution of a compilation of publicly available scientific articles in an NDS or SNDS to a competitor of the third party discloses more information than is already available in the public domain. Merck's position is that the records contain confidential "financial,

[134] Le premier de ces facteurs porte sur la question de savoir si les renseignements contenus dans le document visé ont déjà été rendus publics (*Air Atonabee*, par. 41). En particulier, il s'agit de savoir si la communication à un concurrent du tiers, par une institution fédérale, d'une compilation d'articles scientifiques accessibles au public figurant dans une PDN ou une PSDN équivaut à une divulgation de plus de renseignements que ceux qui font déjà partie du domaine public. Merck soutient que

commercial, scientific or technical information" of two different sorts.

[135] The first type of confidential information is the substantive content of the record, that is, the information directly relayed by its contents. An example is a record that refers to the findings of a confidential study. The confidential information is the substantive content of the study itself. This aspect of Merck's objection was the focus of the Court of Appeal's reasoning. I will come back to this question; for now, it is worth noting that its resolution turns mostly on the evidence about whether Health Canada's redactions had removed this sort of confidential information.

[136] Merck's submission that there is a second type of confidential information depends on a more subtle argument. It contends that, quite apart from whether the substantive contents of the record are confidential, the manner in which the information is presented and the fact that Merck listed a particular study or relied on it in a particular way are both confidential scientific, or technical information within the meaning of s. 20(1)(*b*). I will address these points in turn.

(b) *Formatting and Structure of the Submission*

[137] The Court of Appeal noted that, before it, the scientific or technical nature of the information was not contested (para. 64). In the submissions in this Court, that is also the case with respect to the substantive content of much of the information. However, the parties are divided about whether Merck's formatting and structure of the submission are confidential, financial, commercial, scientific or technical information for the purposes of the s. 20(1)(*b*) exemption. Merck argues that they are.

les documents contiennent deux types de « renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques » de nature confidentielle.

[135] Le premier type de renseignements confidentiels est le contenu substantif du dossier, c'est-à-dire les renseignements directement transmis par son contenu. C'est le cas par exemple d'un document qui fait référence aux conclusions tirées dans le cadre d'une étude de nature confidentielle. Dans un tel cas, c'est le contenu substantif de l'étude elle-même qui constitue les renseignements confidentiels. Cet aspect de l'objection de Merck était l'élément central du raisonnement de la Cour d'appel fédérale. Je reviendrai sur cette question; pour l'instant, il est utile de souligner que la réponse à la question de savoir si l'objection de Merck est fondée dépend surtout de la preuve concernant celle de savoir si Santé Canada avait retranché ce genre de renseignements confidentiels en expurgeant les documents.

[136] La prétention de Merck qu'il existe un deuxième type de renseignements confidentiels dépend d'un argument plus subtil. Selon cet argument, indépendamment de la question de savoir si le contenu substantif du dossier est de nature confidentielle, la façon dont les renseignements sont présentés et le fait que Merck ait mentionné une étude particulière ou qu'elle se soit fondée sur celle-ci d'une quelconque façon constituent tous les deux des renseignements scientifiques ou techniques de nature confidentielle au sens de l'al. 20(1)*b*). J'examinerai ces éléments à tour de rôle.

b) *Mise en forme et structure de la présentation*

[137] La Cour d'appel fédérale a souligné que nul n'a contesté devant elle la nature scientifique ou technique des renseignements (par. 64). Notre Cour pourrait dire la même chose au sujet des observations qui lui ont été présentées relativement au contenu substantif d'une grande partie des renseignements. Toutefois, les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si la mise en forme et la structure de la présentation de Merck sont des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques

Disclosure of this information, it contends, allows competitors to use Merck's methods of assembling an NDS or an SNDS but without incurring the significant research and development time and costs that Merck expended.

[138] To address this submission, I begin by accepting three propositions that are well established in the Federal Court's jurisprudence.

[139] First, the terms "financial, commercial, scientific or technical" should be given their ordinary dictionary meanings. As MacKay J. in *Air Atonabee* stated, at p. 268:

> . . . dictionary meanings provide the best guide and that it is sufficient for purposes of subs. 20(1)(b) that the information relate or pertain to matters of finance, commerce, science or technical matters as those terms are commonly understood.

[140] Second, the case law also holds that in order to constitute financial, commercial, scientific or technical information, the information at issue need not have an inherent value, such as a client list might have, for example. The value of information ultimately "depends upon the use that may be made of it, and its market value will depend upon the market place, who may want it and for what purposes, a value that may fluctuate widely over time" (*Air Atonabee*, at pp. 267-68).

[141] Finally, I agree that administrative details such as page and volume numbering, dates and location of information within the records are not scientific, technical, financial or commercial information (*AstraZeneca*, at para. 73).

[142] In general, the same can be said about the formatting and structure of submissions such as the choice to use a graph or table to present information or the precise organization and ordering of sections of a document the general contents of which are

ou techniques de nature confidentielle pour les fins de l'exception prévue à l'al. 20(1)*b*). Merck prétend qu'elles le sont. Selon elle, la divulgation de ces renseignements permet à des concurrents de se servir de ses méthodes de présentation d'une PDN ou d'une PSDN, et ce, sans avoir à y consacrer le temps et les ressources qu'elle a investis sur les plans de la recherche et du développement.

[138] Dans l'appréciation de cet argument, j'accepte d'entrée de jeu trois affirmations qui sont bien établies dans la jurisprudence de la Cour fédérale.

[139] D'abord, il convient de donner aux termes « financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques » leur sens lexicographique ordinaire. Le juge MacKay a affirmé ce qui suit dans *Air Atonabee*, par. 35 :

> . . . le dictionnaire est le meilleur guide et [. . .] il suffit, pour l'application du paragraphe 20(1)b), que les renseignements concernent des questions financières, commerciales, scientifiques ou techniques, au sens courant de ces termes.

[140] Ensuite, il ressort aussi de la jurisprudence que pour constituer des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques, les renseignements en cause n'ont pas à avoir une valeur inhérente, comme cela peut être le cas s'agissant d'une liste de clients par exemple : la valeur des renseignements « dépend en dernière analyse de l'utilisation qu'on peut en faire et leur valeur marchande dépendra du marché de ceux qui les veulent et à quelle fin, et cette valeur peut grandement fluctuer avec le temps » (*Air Atonabee*, par. 35).

[141] Enfin, je suis d'accord que les détails administratifs comme la numérotation des pages et des volumes, les dates et les passages des documents où se trouvent les renseignements ne sont pas des renseignements de nature scientifique, technique, financière ou commerciale (*AstraZeneca*, par. 73).

[142] En général, il en va de même de la mise en forme et de la structure des présentations, tels la décision de se servir d'un graphique ou d'un tableau pour présenter les renseignements ou la structure et l'ordonnancement précis des parties d'un document

the subject of publicly available guidelines as is the case here: see, e.g., *Société Gamma*, at pp. 63-64. Of course, whether or not the exemption applies must be considered in light of the nature of the information and the evidence in the particular case.

(c) *Listing of Publicly Available Studies*

[143] Merck further says that the disclosure of a compilation of publicly available scientific articles in an NDS or an SNDS discloses more information than is already in the public domain; the fact that an innovator pharmaceutical company has relied on specific studies to support approval of a specific drug is competitively valuable information that is not otherwise publicly available. Relying on *Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FCA 252, 367 N.R. 134, aff'g 2005 FC 1633 (CanLII), it submits that the fact it has chosen to rely on particular studies is confidential information which is not disclosed by the publication of the studies.

[144] Merck submits that the Federal Court's jurisprudence on this point is conflicting. It notes that in the first Federal Court of Appeal decision in these matters (2005 FCA 215, a decision that is not before this Court on these appeals) the court held that s. 20(1)(*b*) did not apply to references to publicly available research articles or other public documents in the NDS and SNDS, while in *Janssen-Ortho* the company's evaluation of the studies it had relied on in its submission was found to be confidential.

[145] I can only accept Merck's submissions in part.

[146] As set out earlier, information is not confidential if it is in the public domain, including

dont le contenu général doit être conforme à des lignes directrices accessibles au public, comme c'est le cas en l'espèce : voir, p. ex., *Société Gamma*, p. 63-64. Bien sûr, il convient d'examiner la question de savoir si l'exception s'applique ou non en tenant compte de la nature des renseignements et de la preuve au dossier.

c) *Énumération d'études accessibles au public*

[143] Merck affirme en outre que la divulgation d'une compilation d'articles scientifiques accessibles au public contenue dans une PDN ou une PSDN équivaut à divulguer davantage de renseignements que ceux qui font déjà partie du domaine public; le fait qu'une société pharmaceutique innovatrice se soit fondée sur des études particulières pour étayer sa demande d'approbation d'une drogue donnée est un renseignement précieux sur le plan de la concurrence qui n'est autrement pas accessible au public. Merck invoque *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 252, [2007] A.C.F. n$^{o}$ 927 (QL), conf. 2005 CF 1633 (CanLII), pour faire valoir que sa décision de se fonder sur des études particulières est un renseignement confidentiel que la publication de ces dernières ne divulgue pas.

[144] Merck soutient que la jurisprudence de la Cour fédérale sur cette question est contradictoire. Elle souligne que la Cour d'appel fédérale a conclu, dans la première décision qu'elle a rendue dans le cadre de ces affaires (2005 CAF 215, décision dont la Cour n'est pas appelée à tenir compte dans le cadre des présents pourvois), que l'al. 20(1)*b*) ne s'appliquait pas aux renvois, dans la PDN ou la PSDN, à des articles de recherche ou d'autres documents accessibles au public, alors que dans *Janssen-Ortho*, elle a jugé que l'évaluation que la société avait faite des études sur lesquelles elle s'était fondée dans sa présentation était confidentielle.

[145] Je ne peux accepter qu'une partie des observations formulées par Merck.

[146] J'ai déjà dit que les renseignements ne sont pas confidentiels s'ils font partie du domaine public,

being publicly available through another source. As MacKay J. put it in *Air Atonabee*, at p. 272, to be confidential, the information must not be available from sources otherwise accessible by the public or obtainable by observation or independent study by a member of the public acting on his or her own. It follows that information that has been published is not confidential. Moreover, information which merely reveals the existence of publicly available information cannot generally be confidential: knowledge of the existence of the information can be obtained through independent study by a member of the public. To the extent that Merck submits that its compilations of such studies are confidential for the purposes of s. 20(1)(*b*) because the compilations might help a competitor to learn of the existence of the studies, I do not agree.

[147] Merck's main point, however, is that while *the content* of published studies may not be confidential information for s. 20(1)(*b*) purposes, the fact that it *relied on* certain published studies is not publicly available and is confidential. Merck cites what Simpson J. said in *Janssen-Ortho*, at para. 39 (2005 FC 1633): although a description of information in published studies would normally be disclosed, the fact that the party opposing disclosure considers those findings accurate and trustworthy has not been publicized and therefore may fall within the realm of confidential information. The Federal Court of Appeal upheld this conclusion. Sexton J.A., for the court, noted that the applicant's opinions relating to public documents were confidential and these opinions were not publicly available; the fact that the applicant may have relied upon certain public information was not public knowledge (para. 6).

[148] I do not accept Merck's submission that *Janssen-Ortho* is inconsistent in principle with other jurisprudence of the Federal Courts in this

notamment s'ils sont accessibles au public par le biais d'une autre source. Comme le juge MacKay l'a affirmé dans *Air Atonabee*, au par. 41, les renseignements sont confidentiels s'ils ne peuvent être obtenus de sources autrement accessibles au public ou si le simple membre du public agissant de son propre chef ne peut les obtenir par suite de ses propres observations ou études. Il s'ensuit que les renseignements qui ont été publiés ne sont pas confidentiels. En outre, l'information qui ne fait que révéler l'existence de renseignements accessibles au public n'est généralement pas confidentielle, car le simple membre du public peut prendre connaissance du fait que les renseignements existent en faisant ses propres recherches. Dans la mesure où Merck prétend que ses compilations de telles études sont confidentielles pour les fins de l'al. 20(1)*b*) parce qu'elles pourraient aider un concurrent à apprendre l'existence de celles-ci, je suis en désaccord avec cette opinion.

[147] Toutefois, le principal argument de Merck est que même si *le contenu* des études publiées peut ne pas constituer des renseignements de nature confidentielle pour les fins de l'al. 20(1)*b*), le fait qu'elle *se soit fondée sur* certaines études publiées n'est pas un renseignement accessible au public; il s'agit d'un renseignement confidentiel. Merck fait référence aux propos de la juge Simpson dans *Janssen-Ortho*, par. 39 (2005 CF 1633) : bien qu'une description des renseignements figurant dans les études publiées serait normalement divulguée, le fait que la partie qui s'oppose à la divulgation considère que les conclusions qui y sont tirées sont justes et fiables n'a pas été rendu public et, partant, il pourrait faire partie des renseignements confidentiels. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette conclusion. S'exprimant au nom de la cour, le juge Sexton a souligné que les opinions de la partie demanderesse concernant les documents publics étaient confidentielles, n'étant pas elles-mêmes à la disposition du public, et que le fait que cette partie ait pu se fonder sur certains renseignements publics n'était pas connu du public (par. 6).

[148] Je n'accepte pas l'observation de Merck selon laquelle la décision *Janssen-Ortho* est, en principe, incompatible avec d'autres décisions

area. The point is that *the content* of published studies will generally not be confidential because that content is available from another source in the public domain. The decision in *Janssen-Ortho*, as I read Simpson J.'s reasons, accepts this as a general proposition when it concludes that a description of findings in published studies would normally be disclosed. However, the third party's *reliance on or evaluation of those studies* may be shown by the evidence to fall within the definition of confidential information. What took the *Janssen-Ortho* case out of the general proposition was that the record *also* disclosed that the applicant considered the findings to be accurate and trustworthy and that *this information* was *not* publicly available. Simpson J. found that such material, to the extent that it included "expert advice, opinions, conclusions and information about the studies the Applicant considered reliable", was confidential commercial information (para. 40).

[149] In my view, therefore, the simple reference to a publicly available study or a description of its contents in a submission generally is not confidential information; a mere reference simply notes the existence of the study and a description of its contents simply summarizes information which is publicly available. Knowledge both of the existence of the study and of its contents will generally be obtainable by a member of the public, albeit with more effort, through independent study. However, much will depend on the evidence in a particular case.

[150] I underline this last point. Once the relevant legal principles are established, whether or not a record is confidential is primarily a question of fact. Care must be taken, therefore, not to overgeneralize the holdings of particular cases, by failing to give due regard to the evidence which was before the court in those cases. It may be, for example, that the relevance of a particular study to a particular line of inquiry might in some cases be shown to be confidential. Similarly, as in *Janssen-Ortho*,

rendues par les cours fédérales dans ce domaine. Le fait est qu'en général *le contenu* d'études publiées ne sera pas confidentiel vu qu'il figure dans une autre source qui se trouve dans le domaine public. Selon moi, il ressort des motifs exposés par la juge Simpson dans *Janssen-Ortho* qu'elle considère cela comme une proposition générale, car elle conclut qu'une description des conclusions tirées dans des études publiées serait normalement divulguée. Toutefois, il peut ressortir de la preuve que *l'évaluation de ces études* par le tiers *ou le fait qu'il s'y soit fondé* sont visés par la définition de renseignements confidentiels. Ce qui a exclu la décision *Janssen-Ortho* de la proposition générale, c'était que le dossier révélait *également* que la partie demanderesse estimait que les conclusions étaient justes et fiables, et que *cela constituait un renseignement* qui *n'*avait *pas* été rendu public. La juge Simpson a conclu que les renseignements en cause, dans la mesure où ils comprenaient « les avis d'expert, les opinions, les conclusions et les renseignements concernant les études que la demanderesse a jugé fiables », étaient des renseignements commerciaux de nature confidentielle (par. 40).

[149] Selon moi, par conséquent, le simple renvoi à une étude accessible au public ou une description de son contenu dans une présentation n'est pas, de façon générale, un renseignement confidentiel; un tel renvoi ne fait que souligner l'existence de l'étude et une description de son contenu n'est qu'un résumé de renseignements accessibles au public. En général, le simple membre du public peut prendre connaissance de l'existence de l'étude et de son contenu, bien qu'il doive y consacrer davantage d'efforts en faisant ses propres recherches. Toutefois, la preuve au dossier aura une grande incidence à cet égard.

[150] J'insiste sur ce dernier point. Une fois les principes juridiques pertinents établis, la question de savoir si tel ou tel dossier est confidentiel ou non constitue principalement une question de fait. Il faut donc se garder de trop généraliser les conclusions tirées dans des affaires données en omettant de tenir compte de la preuve soumise à la cour dans le cadre de celles-ci. Il se peut, par exemple, que la pertinence d'une étude particulière quant à une demande donnée puisse dans certains cas s'avérer

express or implicit statements of the applicant's evaluation of the reliability of a study will generally meet the definition of confidential information. Of course, where the existence or contents of studies themselves meet the definition of confidential information in s. 20(1)(*b*), references to such studies will also generally be confidential for the purposes of the exemption. Similarly, if the fact that the applicant has evaluated or relied on the study is publicly available, that fact will not be confidential. The key point is that these principles are not self-applying and must be considered in light of the evidence in each case.

[151] It seems to me that the dispute between the parties on this point turns more on a question of fact rather than on a question of legal principle. Merck's affiants acknowledged that numerous articles pertaining to asthma and its treatment are found in the public domain. However, the assertion is that the fact that information in a particular publication was used in a Canadian NDS, in this case Merck's, is not public knowledge. However, Merck's affiants do not assist the Court in understanding whether the information the institutional head proposes to disclose shows Merck's assessment or evaluation of the studies. Health Canada specifically disavows any intent to disclose the unpublished opinions or evaluations by Merck's experts of any study. Moreover, Health Canada maintains that the fact Merck relied on the studies as listed is public information from the Product Monograph and documents published by the U.S. FDA.

(d) *"Supplied to a Government Institution by a Third Party"*

[152] One of the requirements of the s. 20(1)(*b*) exemption is that the information be supplied by the third party to the government institution. There

confidentielle. De la même façon, comme dans *Janssen-Ortho*, des déclarations explicites ou implicites au sujet de l'évaluation que le demandeur a faite de la fiabilité d'une étude répondront généralement à la définition du renseignement confidentiel. Bien entendu, dans les cas où l'existence des études ou leur contenu sont des renseignements de nature confidentielle pour les fins de l'al. 20(1)*b*), les renvois à ces études seront eux aussi, de façon générale, confidentiels pour les fins de l'exception. De la même façon, si le fait que le demandeur a évalué l'étude ou s'est fondé sur celle-ci est un renseignement accessible au public, alors il ne s'agit pas d'un renseignement confidentiel. Le point essentiel est que ces principes ne s'appliquent pas automatiquement; ils doivent être pris en compte en fonction de la preuve au dossier.

[151] Il me semble que le conflit qui oppose les parties sur ce point porte davantage sur une question de fait que sur une question de principe juridique. Les auteurs des affidavits favorables à Merck ont reconnu que les nombreux articles portant sur l'asthme et son traitement font partie du domaine public. Cependant, ce que Merck fait valoir, c'est que le fait que les renseignements figurant dans une publication donnée ont été utilisés dans le cadre d'une PDN au Canada, en l'occurrence la sienne, n'est pas de notoriété publique. Cela dit, les auteurs de ces affidavits n'aident pas la Cour à déterminer si les renseignements que le responsable de l'institution en l'espèce envisage de divulguer contiennent l'appréciation ou l'évaluation que Merck a faites des études en question. En particulier, Santé Canada nie avoir l'intention de divulguer les opinions ou les évaluations non publiées des experts de Merck au sujet de quelque étude que ce soit. En outre, Santé Canada soutient que le fait que Merck se soit fondée sur les études telles que mentionnées constitue un renseignement public provenant de la monographie de produit et des documents publiés par la FDA.

d) *« Fournis à une institution fédérale par un tiers »*

[152] Selon l'une des exigences à satisfaire pour que s'applique l'exception prévue à l'al. 20(1)*b*), il faut que les renseignements visés aient été fournis

remains an issue about whether this requirement was met by certain documents in the record. The documents in issue are reviewers' notes prepared by scientists retained by Health Canada to evaluate the drug, and correspondence between Merck and Health Canada. While these records contain information supplied by Merck, they also contain other information, such as the analysis and observations of the reviewers, their conclusions and recommendations, as well as information from scientific literature. Health Canada says that following the approach set out in *Canada Packers*, it is obliged to release these reviewers' notes after having redacted the material provided by Merck.

[153] The parties join issue on what qualifies as information supplied to a government institution by a third party. Health Canada contends that while documents prepared by scientists employed or retained by it to evaluate the proposed medication contain some information that was supplied by Merck, that is not the case with all of the information contained in these sorts of records. They also contain, for example, the reviewers' observations, analyses, conclusions and recommendations, as well as information coming from the scientific literature and the reviewers' questions arising from all of this material. This sort of information is not supplied by Merck. Health Canada also submits that much of the correspondence that passed between it and Merck is similarly not information provided by a third party.

[154] What, then, are the governing legal principles?

[155] The first is that a third party claiming the s. 20(1)(*b*) exemption must show that the information was supplied to a government institution by the third party.

[156] A second principle is that where government officials collect information by their own observation, as in the case of an inspection for

par le tiers à l'institution fédérale. Il reste à savoir si cette exigence a été satisfaite dans le cas de certains documents figurant au dossier. Les documents en litige sont des notes d'examinateurs rédigés par des scientifiques que Santé Canada a chargés d'évaluer la drogue ainsi que des échanges entre Merck et Santé Canada. Ces documents contiennent certes des renseignements fournis par Merck, mais ils contiennent aussi d'autres renseignements, comme l'analyse et les observations des examinateurs, leurs conclusions et recommandations, ainsi que des renseignements tirés de publications scientifiques. Santé Canada affirme que l'approche énoncée dans *Canada Packers* l'oblige à produire les notes de ces examinateurs après avoir retranché les documents fournis par Merck.

[153] Les parties ne s'entendent pas sur ce qui constitue des renseignements fournis à une institution fédérale par un tiers. Santé Canada allègue que même si les documents rédigés par les scientifiques qu'il a chargés d'évaluer le médicament proposé contiennent certains renseignements qui lui ont été fournis par Merck, ce n'est pas le cas de tous les renseignements contenus dans ce genre de dossier. Ils contiennent également, par exemple, les observations, analyses, conclusions et recommandations des examinateurs ainsi que des renseignements provenant de publications scientifiques et des réponses aux interrogations que l'ensemble des documents ont suscitées chez les examinateurs. Or, Merck n'a pas fourni de renseignements de ce type. Santé Canada fait également valoir qu'une grande partie des échanges qu'il a eus avec Merck ne constituent pas non plus des renseignements fournis par un tiers.

[154] Quels sont donc les principes juridiques applicables?

[155] Le premier principe est que le tiers qui invoque l'exception prévue à l'al. 20(1)*b*) doit établir qu'il a fourni les renseignements à une institution fédérale.

[156] Le deuxième principe est que les renseignements que des fonctionnaires recueillent eux-mêmes, dans le cadre d'une inspection par exemple,

instance, the information they obtain in that way will not be considered as having been supplied by the third party. As MacKay J. said in *Air Atonabee*, at p. 275:

> In my view, where the record consists of the comments or observations of public inspectors based on their review of the records maintained by the third party at least in part for inspection purposes, the principle established by *Can. Packers Inc.*, supra, applies and the information is not to be considered as provided by the third party.

See also *Canada Packers*, at pp. 54-55; *Les viandes du Breton Inc. v. Canada (Canadian Food Inspection Agency)*, 2006 FC 335 (CanLII), at paras. 44-49.

[157] A third principle is that whether or not information was supplied by a third party will often be primarily a question of fact. For example, if government officials correspond with a third party regarding certain information, it is possible that the officials have prior knowledge of the information gained by their own observation or other sources. But it is also possible that they are aware of this information because it was communicated to them beforehand by the third party. The mere fact that the document in issue originates from a government official is not sufficient to bar the claim for exemption. But, in each case, the third party objecting to disclosure on judicial review will have to prove that the information originated with it and that it is confidential.

[158] To summarize, whether confidential information has been "supplied to a government institution by a third party" is a question of fact. The content rather than the form of the information must be considered: the mere fact that the information appears in a government document does not, on its own, resolve the issue. The exemption must be applied to information that reveals the confidential information supplied by the third party, as well as to that information itself. Judgments or conclusions expressed by officials based on their own

ne seront pas considérés comme ayant été fournis par le tiers. Voici ce que le juge MacKay a affirmé dans *Air Atonabee*, par. 47 :

> À mon avis, lorsque le document est constitué de commentaires ou d'observations faites par des inspecteurs publics sur le fondement de leur examen des documents conservés par le tiers au moins en partie à des fins d'inspection, le principe posé dans l'arrêt *Canada Packers Inc.*, précité, s'applique et les renseignements ne doivent pas être considérés comme ayant été fournis par le tiers.

Voir également *Canada Packers*, p. 54-55; *Viandes du Breton Inc. c. Canada (Agence canadienne d'inspection des aliments)*, 2006 CF 335 (CanLII), par. 44-49.

[157] Le troisième principe veut que la question de savoir si les renseignements ont été fournis par un tiers est souvent principalement une question de fait. Par exemple, il arrive que les fonctionnaires qui ont des échanges avec un tiers au sujet de certains renseignements connaissent déjà ceux-ci en raison des observations qu'ils ont faites ou des sources qu'ils ont consultées. Mais il est également possible qu'ils connaissent les renseignements parce qu'ils leur ont été transmis au préalable par le tiers. Le simple fait que le document en litige provient d'un fonctionnaire ne suffit pas à rendre irrecevable la demande d'application de l'exception. Mais, dans chaque cas, le tiers qui s'oppose à la divulgation dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire doit établir que les renseignements provenaient de lui et qu'ils étaient de nature confidentielle.

[158] En résumé, la question de savoir si des renseignements confidentiels ont été « fournis à une institution fédérale par un tiers » en est une de fait. C'est le contenu plutôt que la forme des renseignements qui doit être pris en compte : le simple fait que les renseignements figurent dans un document d'une institution fédérale ne règle pas en soi la question. Il faut appliquer l'exception aux renseignements qui révèlent les renseignements confidentiels fournis par le tiers ainsi qu'à ces derniers. De façon générale, les jugements ou les conclusions

observations generally cannot be said to be information supplied by a third party.

(e) *Application*

[159] As noted earlier, Merck's submissions on s. 20(1)(*b*) raise three points. In my respectful view, it fails on all of them.

[160] Turning to Merck's first submission, it contends that the Court of Appeal erred in finding that it had not discharged its burden of proof that the documents, as redacted, continued to contain confidential information. This argument is concerned with the substantive content of the information referred to and turns on whether, as Health Canada contends, all information that is not in the public domain has been redacted.

[161] The Court of Appeal's decision about the s. 20(1)(*b*) exemption turned on this point (paras. 62 and 67). It concluded that Merck had failed to discharge its burden with respect to whether the information was confidential and had been consistently treated as such. The court found that the affidavits submitted by Merck failed to provide "direct and objective evidence" and had not shown that the s. 20(1)(*b*) exemption applied.

[162] I agree with Merck that the Court of Appeal applied an unduly onerous standard of proof. The Court of Appeal stated that the third party opposing disclosure has a "heavy" burden to establish the s. 20(1)(*b*) exemption (para. 62). For reasons I have set out earlier, this is an error of law. The burden is to show on the civil standard that the exemption applies. However, I do not think the result reached by the Court of Appeal turns on its description of the standard of proof. The court's decision rested on what it concluded to be an absence of evidence responsive to the claimed exemptions in light of the

auxquels parviennent les fonctionnaires sur la base de leurs propres observations ne peuvent être considérés comme des renseignements fournis par un tiers.

e) *Application*

[159] Comme je l'ai déjà dit, les observations de Merck relativement à l'al. 20(1)*b*) soulèvent trois points. À mon humble avis, ils sont tous dépourvus de fondement.

[160] Le premier argument de Merck est que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en concluant qu'elle ne s'était pas acquittée de son fardeau de prouver que les documents sous leur forme expurgée contenaient toujours des renseignements de nature confidentielle. Cet argument, qui se rapporte au contenu substantif des renseignements visés, porte sur la question de savoir si, comme Santé Canada le prétend, tous les renseignements qui ne font pas partie du domaine public ont été retranchés.

[161] La décision de la Cour d'appel fédérale sur l'exception prévue à l'al. 20(1)*b*) dépendait de ce point (par. 62 et 67). Elle a conclu que Merck n'avait pas réussi à s'acquitter de son fardeau en ce qui concerne la question de savoir si les renseignements étaient de nature confidentielle et avaient toujours été traités de la sorte. Elle a aussi conclu que les affidavits soumis par Merck ne contenaient aucune « preuve directe et objective » et qu'elle n'avait pas établi que l'exception prévue à l'al. 20(1)*b*) s'appliquait.

[162] Je souscris à l'opinion de Merck selon laquelle la Cour d'appel fédérale a appliqué une norme de preuve trop exigeante. La Cour d'appel fédérale a déclaré que le fardeau dont le tiers s'opposant à la divulgation doit s'acquitter pour que l'exception prévue à l'al. 20(1)*b*) s'applique est « lourd » (par. 62). Pour les motifs que j'ai déjà exposés, j'estime qu'il s'agit d'une erreur de droit. Le fardeau consiste à prouver, selon la norme applicable en matière civile, que l'exception s'applique. Cependant, je ne crois pas que la conclusion tirée par la Cour d'appel fédérale soit tributaire de sa

extensive redactions made by Health Canada. I will explain.

[163] With respect to the NDS, the Court of Appeal's holding turned mainly on the way Health Canada came to concede that extensive redaction was necessary, coupled with Merck's failure to respond specifically to the portions remaining after these final redactions had been made.

[164] In September of 2001, Health Canada filed a new affidavit to which were attached more heavily redacted versions of documents that it proposed to release: see C.A. reasons, at para. 16. Merck did not respond specifically to the newly edited versions of the documents. The Court of Appeal found that the affidavit evidence submitted by Merck before that date was of limited use because it was impossible to tell if an objection continued to apply in light of the new editing. The Court of Appeal also found that the affidavits submitted by Merck after that date did not provide any direct and objective proof that the exemption applied to the documents in their newly redacted form (paras. 75-76). For that reason, the Court of Appeal set aside all of the reviewing judge's conclusions in relation to the s. 20(1)(*b*) exemption for the NDS.

[165] With respect to the SNDS, the Court of Appeal simply concluded that there was no direct and objective evidence from Merck to show that the information remaining in the records was confidential (para. 79).

[166] Both of these conclusions focussed on the question of whether the substance of the information was publicly available.

[167] Merck's factum in this Court addresses these specific conclusions in three short paragraphs.

description de la norme de preuve. Sa décision reposait plutôt sur le fait que, selon elle, aucune preuve n'établissait que les exceptions invoquées s'appliquaient compte tenu des expurgations importantes faites par Santé Canada. Je m'explique.

[163] En ce qui concerne la PDN, la conclusion de la Cour d'appel fédérale portait surtout sur la façon dont Santé Canada en est venu à reconnaître la nécessité de faire d'importantes expurgations, conjuguée à l'omission de Merck de commenter expressément les renseignements qui subsistaient après que les expurgations avaient été faites.

[164] En septembre 2001, Santé Canada a déposé un nouvel affidavit auquel étaient jointes des versions davantage expurgées des documents qu'il envisageait de communiquer : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 16. Merck n'a pas commenté expressément ces versions nouvellement expurgées des documents. La Cour d'appel fédérale a conclu que la preuve par affidavit soumise par Merck avant cette date était peu utile car il était impossible de savoir si une objection s'appliquait toujours, compte tenu des nouvelles expurgations. La Cour d'appel fédérale a également conclu que les affidavits soumis par Merck après cette date n'établissaient pas directement et objectivement que l'exception s'appliquait aux documents sous leur forme nouvellement expurgée (par. 75-76). Pour ce motif, la Cour d'appel fédérale a annulé toutes les conclusions tirées par le juge siégeant en révision relativement à l'application à la PDN de l'exception prévue à l'al. 20(1)*b*).

[165] En ce qui concerne la PSDN, la Cour d'appel fédérale a tout simplement conclu que Merck n'avait soumis aucune preuve directe et objective établissant que les renseignements figurant toujours dans les documents étaient de nature confidentielle (par. 79).

[166] Ces deux conclusions portaient principalement sur la question de savoir si le contenu des renseignements était accessible au public.

[167] Merck traite précisément de ces conclusions dans trois courts paragraphes du mémoire qu'elle

It submits that Merck consistently treats the information in issue confidentially and that, contrary to the findings of the Court of Appeal, there was "ample evidence in the record that Merck treats the information in issue as confidential" (para. 180). As an example, it refers to evidence that access to Merck's facilities is restricted, that its employees and consultants must sign confidentiality agreements, that access to paper and computer discs is restricted on a "need-to-know" basis and in particular that information pertaining to an NDS is accessible to its Regulatory Affairs personnel, and to a restricted number of the company's officers on a "need-to-know" basis.

a présenté à la Cour, où elle soutient avoir invariablement traité de façon confidentielle les renseignements en litige et affirme que, contrairement aux conclusions tirées par la Cour d'appel fédérale, [TRADUCTION] « le dossier comportait une preuve abondante établissant que Merck traite les renseignements en litige comme étant confidentiels » (par. 180). À titre d'exemple, elle fait référence à de la preuve démontrant que l'accès à ses installations est restreint, que ses employés et ses experts-conseils doivent conclure avec elle des ententes de confidentialité, que l'accès à ses documents sur support papier et support informatique n'est accordé qu'à ceux qui en ont besoin pour faire leur travail, et, en particulier, que l'accès aux renseignements qui ont trait à une PDN n'est accordé qu'aux personnes qui travaillent aux affaires réglementaires et à un nombre limité de dirigeants de la société, dans la mesure où ils en ont besoin.

[168] Respectfully, these submissions are of no assistance with respect to the issue that concerned the Court of Appeal; the submissions do not explain how what is left on the often heavily redacted pages is confidential in the face of Health Canada's evidence that the unredacted material is in the public domain and therefore not confidential. Merck's submissions and my perusal of the record have not persuaded me that the Court of Appeal erred in its conclusion on this point. The consideration of two specific examples will explain why.

[168] À mon humble avis, ces observations ne sont d'aucune utilité pour trancher la question sur laquelle s'est penchée la Cour d'appel fédérale; les observations n'expliquent pas en quoi le contenu des pages expurgées — dont plusieurs l'ont été de façon importante — est confidentiel compte tenu de la preuve de Santé Canada que les renseignements non retranchés font partie du domaine public et, par conséquent, ne sont pas de nature confidentielle. Les observations de Merck et mon examen du dossier ne m'ont pas convaincu que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur dans la conclusion qu'elle a tirée à cet égard. L'examen de deux exemples précis permettra de comprendre pourquoi.

[169] In the NDS file, consider by way of example the evidence in relation to page 33 of the records in issue. That page is part of the Comprehensive Summary; specifically, it is from the section setting out certain investigational studies. The page refers to studies by number, the particulars of which are listed elsewhere in the submission.

[169] S'agissant du dossier de la PDN, examinons, à titre d'exemple, la preuve qui se rapporte à la page 33 des documents en litige. Cette page provient du sommaire général; plus précisément, elle appartient à la partie qui décrit certains travaux de recherche. Elle fait référence, par numéro, à des études dont le contenu est décrit ailleurs dans la présentation.

[170] On Health Canada's final redacted version of page 33, there are redactions made to the list of studies. On page 137, all details have also been redacted from one of the studies referred to on page 33. By way of contrast, the earlier January 2, 2001

[170] La liste d'études mentionnée dans la version finale expurgée de la page 33 de Santé Canada a été expurgée à certains endroits. En outre, à la page 137, tous les détails ont été retranchés de l'une des études à laquelle il est fait référence à la page 33. Par

version had no redactions from page 33, nor were there any redactions to the details of the studies on page 137: see C.A. reasons, at paras. 68-69.

[171] Merck's affidavit evidence relating to the substantive content of this page is to the effect that its contents reveal confidential results which are not in the public domain. Health Canada's evidence accepts that the page in issue contains specific confidential, financial, commercial, scientific or technical third party information that is properly exempted from disclosure, but maintains that all such information has been redacted and the remaining information either is not confidential by nature (such as the format of the page) or is in the public domain. Merck's evidence does not respond to Health Canada's evidence. Faced with the unanswered evidence that all confidential information had been redacted, and with no explanation from the reviewing judge as to why he had rejected this potentially decisive and unanswered evidence, the Federal Court of Appeal appropriately intervened and made its own assessment: see C.A. reasons, at paras. 72-76.

[172] I turn to the s. 20(1)(*b*) exemptions claimed in the SNDS. Consider by way of example the evidence in relation to page 115 of the records in issue. This page is also part of the Comprehensive Summary. Throughout the process, Health Canada did not redact any part of this page. The reviewing judge found that it contained confidential information and that it was to be exempted from disclosure in its entirety (see Beaudry J., at para. 113 (2006 FC 1200)), a holding which the Court of Appeal reversed.

[173] In its letter dated July 20, 2001, Merck responded to Health Canada's notice and submitted its objections to disclosure. Merck's objections

contraste, aucun passage de la version antérieure de cette page, qui datait du 2 janvier 2001, n'en avait été retranché, et aucun détail des études n'avait été éliminé de la page 137 : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 68-69.

[171] Selon la preuve par affidavit soumise par Merck relativement au contenu substantif de cette page, celle-ci divulgue des résultats confidentiels qui ne font pas partie du domaine public. Dans sa preuve, Santé Canada accepte que la page en litige contient des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques de nature confidentielle fournis par un tiers qui sont, à bon droit, soustraits à la divulgation, mais elle prétend que tous les renseignements de ce type ont été retranchés et que les renseignements restants ne sont pas confidentiels de par leur nature (comme la présentation de la page) ou encore font partie du domaine public. Merck n'a présenté aucune preuve pour réfuter celle de Santé Canada. Or, compte tenu du silence de Merck au sujet de la preuve que tous les renseignements de nature confidentielle avaient été retranchés et de l'absence de toute explication du juge siégeant en révision sur la raison pour laquelle il avait rejeté cette preuve potentiellement décisive et non contredite, c'est à bon droit que la Cour d'appel fédérale est intervenue et qu'elle a fait sa propre appréciation : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 72-76.

[172] Je me pencherai maintenant sur les exceptions prévues à l'al. 20(1)*b*) invoquées relativement à la PSDN. Examinons, à titre d'exemple, la preuve se rapportant à la page 115 des documents en litige. Cette page fait également partie du sommaire général. Tout au long du processus, Santé Canada n'a retranché aucune partie de cette page. Or, le juge siégeant en révision a conclu qu'elle contenait des renseignements confidentiels et qu'elle devait être complètement soustraite à la communication (voir les motifs du juge Beaudry, par. 113 (2006 CF 1200)), une conclusion que la Cour d'appel fédérale a infirmée.

[173] Dans sa lettre datée du 20 juillet 2001, Merck a répondu à l'avis de Santé Canada et lui a soumis ses objections à la divulgation de certains

address generally the nature and the type of information found in the Comprehensive Summary pages. Merck asserted the confidential nature of this information by noting the limited distribution of the Comprehensive Summary within Merck and that it was submitted to Health Canada with a confidentiality notice. There is no specific comment about the confidentiality of the substantive content of what is found at page 115.

[174] Health Canada responded to Merck on October 2, 2001. It agreed to some additional, partial redactions in other documents, but it rejected the balance of Merck's objections: see Beaudry J., at para. 19 (2006 FC 1200). Health Canada asserted that there could be no blanket exemption on the Comprehensive Summary and that some of its information was already available in the public domain. It provided for no redaction of the information contained at page 115.

[175] Merck sent a further reply on October 31, 2001, based on a review prepared by outside consultants. The review identified all of the information that was not already publicly available, and which had not been redacted by Health Canada: see Beaudry J., at para. 23 (2006 FC 1200). At this time, Merck and the consultants suggested redacting only certain paragraphs and several references to other sections of the SNDS. Merck argued that such information remained confidential. It also argued that its methodology in preparing the SNDS was confidential and therefore the references to other parts of the SNDS should be redacted.

[176] Health Canada sent Merck its final notice on December 19, 2001. It agreed to redact some additional details in other documents, but rejected the balance of Merck's objections: see Beaudry J., at paras. 24-26 (2006 FC 1200). As mentioned above, there was no redaction to page 115, and so Merck applied to the Federal Court for review.

renseignements. Les objections de Merck traitent d'une manière générale de la nature et du type de renseignements figurant dans les pages qui constituent le sommaire général. Merck a fait valoir que ces renseignements étaient de nature confidentielle, soulignant que le sommaire avait été communiqué à certaines personnes seulement au sein de son organisation et qu'il avait été transmis à Santé Canada assorti d'un avis de confidentialité. Aucune remarque n'a été formulée quant au caractère confidentiel du contenu substantif de la page 115.

[174] Santé Canada a répondu à Merck le 2 octobre 2001, acceptant d'expurger partiellement davantage d'autres documents, mais rejetant ses autres objections : voir les motifs du juge Beaudry, par. 19 (2006 CF 1200). Santé Canada a fait valoir que le sommaire général ne pouvait être exclu en entier et que certains des renseignements qu'il contenait se trouvaient déjà dans le domaine public. Elle s'est abstenue d'expurger la page 115.

[175] Merck a envoyé une autre réponse à Santé Canada le 31 octobre 2001 à la suite d'un examen effectué par des experts-conseils dont elle avait retenu les services. L'examen relevait tous les renseignements qui n'étaient pas déjà accessibles au public et qui n'avaient pas été retranchés par Santé Canada : voir les motifs du juge Beaudry, par. 23 (2006 CF 1200). À cette époque, Merck et les experts-conseils étaient d'avis de retrancher certains paragraphes seulement ainsi que plusieurs renvois à d'autres parties de la PSDN. Merck a prétendu que ces renseignements demeuraient confidentiels. Elle a également soutenu que la méthode qu'elle avait suivie pour préparer la PSDN était confidentielle et que, par conséquent, les renvois à d'autres parties de celle-ci devaient être retranchés.

[176] Santé Canada a envoyé à Merck son dernier avis le 19 décembre 2001, acceptant de retrancher certains détails supplémentaires d'autres documents, mais rejetant ses autres objections : voir les motifs du juge Beaudry, par. 24-26 (2006 CF 1200). Comme je l'ai déjà mentionné, la page 115 n'a pas été expurgée. Merck a donc déposé une demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour fédérale.

[177] Before the Federal Court, Merck submitted a detailed table listing the parts of the record in dispute and its representations regarding the reasons why they should be exempted from disclosure. With regard to the confidentiality of page 115, Merck referred to an affidavit which says that pharmaceutical companies generally consider this information confidential. It also refers to another affidavit, which similarly states that pharmaceutical companies usually treat this type of information as confidential and that Merck does the same: see C.A. reasons, at paras. 96 and 98.

[178] Once again, I see no error in the Court of Appeal's conclusion that Merck's evidence was not, in law, capable of discharging its onus of showing how the substantive information on page 115 contained confidential information: see C.A. reasons, at para. 79.

[179] I therefore agree with the Court of Appeal to the extent that it held that Merck had not shown that the substantive contents of the records in dispute contained confidential financial, commercial, scientific or technical information. However, the Court of Appeal did not address the other two aspects of Merck's submissions made in this Court in relation to s. 20(1)(*b*).

[180] Merck's second point is that the formatting and structure of the submissions qualifies for exemption. As noted earlier, I do not agree with this submission, for the reasons I set out above.

[181] Merck's third point is that the very fact it listed studies and therefore would be understood to have relied on them in its new drug submissions was confidential information. Even if the studies themselves are in the public domain, Merck maintains

[177] Merck a présenté à la Cour fédérale un tableau détaillé énumérant les parties du dossier qui faisaient l'objet du litige ainsi que des observations dans lesquelles elle expliquait pourquoi, selon elle, ces parties devaient être soustraites à la communication. En ce qui concerne le caractère confidentiel de la page 115, Merck a fait référence à un affidavit mentionnant qu'en général les sociétés pharmaceutiques estimaient que de tels renseignements étaient confidentiels. Elle a aussi fait référence à un autre affidavit qui mentionnait, dans la même veine, que les sociétés pharmaceutiques considéraient habituellement que ce genre de renseignements étaient confidentiels et que Merck avait fait de même : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 96 et 98.

[178] Encore là, je ne constate aucune erreur dans la conclusion de la Cour d'appel fédérale que la preuve soumise par Merck ne lui permettait pas juridiquement de s'acquitter de son fardeau de démontrer en quoi certains des renseignements de fond figurant dans la page 115 étaient de nature confidentielle : voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 79.

[179] Je souscris donc à l'opinion de la Cour d'appel fédérale dans la mesure où elle a conclu que Merck n'a pas établi que le contenu substantif des documents en litige comprenait des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques de nature confidentielle. Toutefois, la Cour d'appel fédérale n'a pas traité des deux autres aspects des observations que Merck a formulées devant notre Cour relativement à l'al. 20(1)*b*).

[180] Le deuxième argument de Merck est que la mise en forme et la structure des présentations sont visées par l'exception. Comme je l'ai déjà dit, et pour les motifs que j'ai déjà exposés, je ne souscris pas à cet argument.

[181] Le troisième argument de Merck est que le fait même qu'elle a énuméré des études dans ses présentations, et que cela laissait donc entendre qu'elle s'était fondée sur elles, constituait un renseignement de nature confidentielle. Même si les

that it assembled the list of articles and studies and that what it chose to include is not in the public domain. The very fact that a particular publication was used in a Canadian NDS is not public knowledge. The list also provides a screening of articles and links them to the product and the NDS/SNDS. Merck also emphasizes that this information confers a competitive advantage on a competitor with concomitant harm to it. This last point, of course, is relevant to the s. 20(1)(*c*) exemption, not the s. 20(1)(*b*) exemption under consideration here.

[182] The problem with Merck's arguments about the listing of studies is that Merck itself proposed that copies of all published articles referred to in the submissions should be provided to the requester: letter from Merck to Health Canada dated September 25, 2000 (see reasons of Harrington J., at para. 38 (2004 FC 959); see also Beaudry J., at para. 16 (2006 FC 1201)). In addition, Health Canada underlines the point that the fact Merck had referred to many studies was already in the public domain as a result of the publication of the Product Monograph and documents published by the U.S. FDA (R.F., at para. 134). I cannot see any difference in principle between published articles and studies otherwise in the public domain. Releasing these articles in response to an access to information request relating to an NDS or an SNDS of course shows that Merck selected the studies and draws the link between the articles and the product and the NDS or the SNDS. This, in my view, completely undermines Merck's claim for confidentiality of the fact that it selected the studies for inclusion or the existence of a link between them to the product and the NDS/SNDS. Having reviewed the relevant evidence, my view is that Merck did not show that the listing of the studies was itself confidential financial, commercial, scientific or technical information. While I would not foreclose the possibility of a claim of this nature being established in some cases in which the evidence supported it, the evidence does not support it here. I would add that the simple listing of studies does not

études elles-mêmes font partie du domaine public, Merck fait valoir qu'elle a elle-même dressé la liste d'articles et d'études et que ce qu'elle a décidé d'y inclure ne fait pas partie du domaine public. Le fait même qu'une publication donnée ait été utilisée dans le cadre d'une PDN au Canada n'est pas de notoriété publique. La liste comprend également une sélection d'articles appariés au produit et à la PDN et la PSDN. Merck souligne également que ce renseignement confère un avantage concurrentiel à ses concurrents, ce qui lui cause du tort. Ce dernier point est, bien entendu, pertinent en ce qui concerne l'exception prévue à l'al. 20(1)*c*), et non quant à celle prévue à l'al. 20(1)*b*), dont il est présentement question.

[182] Les arguments de Merck au sujet de la liste d'études sont problématiques, car c'est Merck elle-même qui a proposé que des copies de tous les articles publiés qui ont été mentionnés dans les présentations soient fournies au demandeur : lettre de Merck à Santé Canada datée du 25 septembre 2000 (voir les motifs du juge Harrington, par. 38 (2004 CF 959); voir également les motifs du juge Beaudry, par. 16 (2006 CF 1201)). De plus, Santé Canada souligne que le fait que Merck avait fait référence à plusieurs études était déjà de notoriété publique en raison de la publication de la monographie de produit et de documents publiés par la FDA (m.i., par. 134). Je ne vois aucune différence, en principe, entre des articles publiés et des études faisant autrement partie du domaine public. La communication des articles en réponse à une demande d'accès à l'information touchant une PDN ou une PSDN démontre que Merck avait choisi les études citées et qu'elle avait établi un lien entre les articles et le produit, et la PDN ou la PSDN, selon le cas. Ceci, selon moi, mine complètement la prétention de Merck que le fait qu'elle ait choisi des études afin de les inclure dans la PDN ou la PSDN, selon le cas, ou que l'existence d'un lien entre ces études et le produit et l'une ou l'autre de ces présentations, est de nature confidentielle. J'ai examiné la preuve pertinente, et j'en conclus que Merck n'a pas démontré que l'énumération des études constituait elle-même un renseignement financier, commercial, scientifique ou technique de nature confidentielle. Je n'exclus certes

engage the *Janssen-Ortho* principle which relates to information revealing the third party's evaluation of those studies.

[183] I would therefore uphold the decision of the Federal Court of Appeal to reject Merck's claims for s. 20(1)(*b*) exemptions on this record.

(4) Section 20(1)(*c*): Disclosure of Information That Could Reasonably Be Expected to Harm the Third Party

[184] I turn now to the harm-based exemption in s. 20(1)(*c*). The exemption applies if the third party establishes that the disclosure "could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or . . . prejudice the competitive position of, a third party":

**20.** (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

. . .

(*c*) information the disclosure of which 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; . . .

[185] Once again, there are submissions from both parties about the applicable principles as well as how those principles apply. The debate in this Court centred on three aspects of this exemption: (i) the degree of likelihood required by this provision that harm will result from disclosure; (ii) whether disclosing information already in the public domain can cause harm; and (iii) the types of harm contemplated by the provision. After a brief review of the decisions below, I will address these issues and deal with the more specific

pas la possibilité que le bien-fondé d'un tel argument soit établi dans certains cas où il est étayé par la preuve, mais, en l'espèce, la preuve est insuffisante à cet égard. Enfin, j'estime que le simple fait d'énumérer des études ne fait pas intervenir le principe de *Janssen-Ortho*, qui se rapporte aux renseignements qui révèlent l'appréciation que le tiers a faite de ces études.

[183] Je suis donc d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel fédérale de rejeter les prétentions de Merck selon lesquelles les exceptions prévues par l'al. 20(1)*b*) s'appliquent en l'espèce.

(4) L'alinéa 20(1)*c*) : renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire au tiers

[184] Je vais maintenant examiner l'exception, prévue à l'al. 20(1)*c*), visant à éviter un préjudice. L'exception s'applique si le tiers établit que la divulgation des renseignements « risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité » :

**20.** (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

. . .

*c*) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;

[185] Là encore, des observations ont été formulées par les deux parties quant aux principes applicables et à la façon dont il convient de les appliquer. Le débat devant la Cour a principalement porté sur trois aspects de cette exception : (i) le degré de probabilité, selon cette disposition, qu'un préjudice découle de la divulgation des renseignements visés; (ii) la question de savoir si la divulgation de renseignements faisant déjà partie du domaine public peut causer un préjudice; et (iii) les types de préjudice visés par la disposition. Après avoir examiné

submissions about how the relevant principles apply in this case.

(a) *Decisions in the Federal Court and the Federal Court of Appeal*

[186] Turning first to the NDS file, it is unclear what threshold of probability of harm the reviewing judge applied. At paragraph 101 (2006 FC 1201), he referred to the burden of "establishing probability of harm" while, at para. 107, he tracked the statutory language of s. 20(1)(*c*) by referring to whether disclosure "could reasonably be expected to . . . prejudice" the third party. He ruled that only one page of the contested reviewers' notes and correspondence between Merck and Health Canada fell within the s. 20(1)(*c*) exemption (para. 93). He also rejected in general terms Merck's position that it would probably suffer prejudice from disclosure of information that was already in the public domain (para. 101). Nonetheless, he found the exemption applied to about 130 documents, mostly in the Comprehensive Summary, because they contained information that was more precise or more detailed than that which was publicly available (para. 104).

[187] With respect to the SNDS file, the reviewing judge applied the same legal framework and found that five documents fell within the s. 20(1)(*c*) exemption on the basis that they contained information that was more precise or more detailed than that available in the public domain and that their disclosure "would likely cause the Applicant significant loss of profit or undermine its competitiveness" (para. 112 (2006 FC 1200)).

[188] The Federal Court of Appeal overturned the reviewing judge's findings in both files and found none of the records was exempt under s. 20(1)(*c*). Desjardins J.A. for the court held that for

brièvement les décisions des juridictions inférieures, je traiterai de ces questions et me pencherai sur les observations plus précises qui ont été formulées quant à la façon dont il convient d'appliquer les principes pertinents en l'espèce.

a) *Les décisions de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale*

[186] D'abord, en ce qui concerne le dossier de la PDN, on ne sait pas clairement quel critère le juge siégeant en révision a appliqué pour ce qui est de la possibilité qu'un préjudice soit causé. Au paragraphe 101 (2006 CF 1201), il a fait mention du fardeau de « démontrer [. . .] la probabilité du préjudice », alors qu'au par. 107 il a repris le libellé de l'al. 20(1)*c*) en se demandant si la divulgation « risquerait vraisemblablement [. . .] de nuire » au tiers. Il a statué que seulement une page des notes d'examinateurs contestées et de la correspondance entre Merck et Santé Canada était visée par l'exception prévue à l'al. 20(1)*c*) (par. 93). Il a également rejeté en termes généraux le point de vue de Merck selon lequel la communication de documents contenant des renseignements se trouvant déjà dans le domaine public lui causerait vraisemblablement un préjudice (par. 101). Néanmoins, il a conclu que l'exception s'appliquait à environ 130 documents, dont la plupart figuraient dans le sommaire général, parce qu'ils contenaient des renseignements plus précis ou plus détaillés que ceux qui se trouvaient dans le domaine public (par. 104).

[187] En ce qui concerne le dossier de la PSDN, le juge siégeant en révision a appliqué le même cadre juridique et conclu que cinq documents étaient bel et bien visés par l'exception prévue à l'al. 20(1)*c*) parce qu'ils contenaient des renseignements plus précis ou plus détaillés que ceux qui se trouvaient déjà dans le domaine public et dont la divulgation « risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à la demanderesse ou de nuire à sa compétitivité » (par. 112 (2006 CF 1200)).

[188] La Cour d'appel fédérale a infirmé les conclusions auxquelles le juge siégeant en révision est parvenu à l'égard de l'un et l'autre dossier et a conclu qu'aucun des documents en cause n'était

the third party to benefit from this exemption, the information could not be in the public domain and that the third party had to establish a "reasonable expectation of probable harm" (para. 81, citing *AstraZeneca*). In her view, a mere possibility of harm was not sufficient (para. 84). Desjardins J.A. found that the record did not support the reviewing judge's conclusion that the exemption under s. 20(1)(*c*) applied to any of the documents as redacted. She found that Merck's evidence was vague, speculative and silent as to specifically how and why the disclosure of the requested information would be likely to bring about the harm alleged by Merck (para. 93).

visé par l'exception prévue à l'al. 20(1)*c*). La juge Desjardins, s'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, a conclu que pour que le tiers puisse se prévaloir de cette exception, les renseignements visés ne devaient pas se trouver dans le domaine public, et que le tiers devait établir qu'il avait une « attente raisonnable d'un préjudice probable » (par. 81, citant *AstraZeneca*). Selon elle, la simple possibilité de préjudice n'était pas suffisante à cet égard (par. 84). Elle a conclu que le dossier n'appuyait pas la conclusion du juge siégeant en révision selon laquelle l'exception prévue à l'al. 20(1)*c*) s'appliquait à l'un ou l'autre des documents sous leur forme expurgée. Elle a conclu que la preuve de Merck était vague, spéculative et silencieuse sur la question de savoir précisément comment et pourquoi la divulgation des renseignements demandés causerait vraisemblablement le préjudice allégué par Merck (par. 93).

[189] Other than four documents from the NDS that are no longer in issue, Merck seeks restoration of all of the s. 20(1)(*c*) exemptions, found by the reviewing judge, as well as exemptions for the other documents for which it unsuccessfully claimed exemptions before the reviewing judge. These latter records amount to over 100 documents in each of the NDS and the SNDS appeals.

[189] Outre quatre documents de la PDN qui ne sont plus en litige, Merck cherche à obtenir le rétablissement de l'ensemble des exceptions prévues à l'al. 20(1)*c*) qui s'appliquaient selon le juge siégeant en révision ainsi que l'application, aux autres documents, des exceptions qu'elle n'avait pas réussi à faire valoir devant ce dernier et qui visaient plus de 100 documents relatifs à la PDN et autant de documents relatifs à la PSDN.

[190] With respect to the s. 20(1)(*c*) exemptions claimed by Merck but rejected by the reviewing judge, Merck's submissions in this Court have not shown how the reviewing judge erred in his rejection of its claims or how the Federal Court of Appeal erred by upholding his findings. The focus of my analysis therefore will be on the s. 20(1)(*c*) exemptions upheld by the reviewing judge but set aside by the Court of Appeal; that is, about 130 documents in the NDS and 5 in the SNDS.

[190] En ce qui concerne l'application des exceptions prévues à l'al. 20(1)*c*) qu'elle cherchait à obtenir mais que le juge siégeant en révision a rejetées, Merck n'a pas démontré, dans ses observations à la Cour, en quoi le juge siégeant en révision a commis une erreur en statuant que ses arguments n'étaient pas fondés, ni de quelle façon la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en confirmant les conclusions de ce dernier. Mon analyse portera donc principalement sur les exceptions prévues à l'al. 20(1)*c*) que le juge siégeant en révision a maintenues mais que la Cour d'appel fédérale a annulées, à savoir environ 130 documents dans le cas de la PDN et 5 documents dans le cas de la PSDN.

[191] I return to the three issues identified earlier.

[191] Je reprends maintenant l'examen des trois questions que j'ai déjà relevées.

(b) *The Degree of Likelihood That Harm Will Occur*

[192] For about 20 years, the Federal Courts have read s. 20(1)(*c*) as requiring the third party to demonstrate "a reasonable expectation of probable harm": see, e.g., *Canada Packers*, at pp. 58-60; *Canada v. Canada*, at pp. 440 ff.; *Air Atonabee*, at pp. 277-78 and 280; *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480 (T.D.), at pp. 487-88; *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (F.C.A.); *Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2004 FCA 214, 322 N.R. 388, at paras. 11 ff.

[193] Merck proposes that this line of jurisprudence should be abandoned and that the word "probable" should be omitted. Merck submits that the proper test was articulated by the Nova Scotia Court of Appeal in *Chesal v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139, where the court held that the introduction of "probable" into the language of the test was incorrect. Hence, all that is required is a "reasonable expectation of harm" (para. 37). Merck's proposed test would therefore require the third party to show a "reasonable expectation of harm" resulting from disclosure.

[194] Health Canada maintains that the well-established standard applied by the Federal Court of Appeal in this case should be maintained. As the case law clearly indicates that a mere possibility is insufficient, the proper test is a reasonable expectation of probable harm. Any test in between cannot be conceptualized.

[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

b) *Le degré de probabilité qu'un préjudice soit causé*

[192] Pendant environ 20 ans, les cours fédérales ont considéré que l'al. 20(1)*c*) exigeait que le tiers démontre l'existence d'« un risque vraisemblable de préjudice probable » : voir, p. ex., *Canada Packers*, p. 58-60; *Canada c. Canada*, p. 440 et suiv.; *Air Atonabee*, par. 52 et 58; *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480 (1re inst.), p. 487-488; *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)*, [1990] A.C.F. nº 81 (QL) (C.A.); *Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2004 CAF 214 (CanLII), par. 11 et suiv.

[193] Selon Merck, il faut abandonner ce courant jurisprudentiel et éliminer du critère le mot « probable ». Merck prétend que le critère qu'il convient d'appliquer a été formulé par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *Chesal c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 124, 219 N.S.R. (2d) 139, décision où elle a conclu que l'introduction du mot « probable » dans la formulation du critère était erronée. Par conséquent, il suffit de démontrer qu'il existe un « risque vraisemblable de préjudice » (par. 37). Selon le critère proposé par Merck, le tiers devrait donc démontrer que la divulgation occasionnerait un « risque vraisemblable de préjudice ».

[194] Santé Canada prétend qu'il faut conserver la norme bien établie que la Cour d'appel fédérale a appliquée dans la présente affaire. Comme la jurisprudence le mentionne clairement, la simple possibilité qu'un préjudice soit causé n'est pas suffisante : le critère qu'il convient d'appliquer est celui du risque vraisemblable de préjudice probable. Il n'existe pas de solution mitoyenne.

[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

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.

[196] It may be questioned what the word "probable" adds to the test. At first reading, the "reasonable expectation of probable harm" test is perhaps somewhat opaque because it compounds levels of uncertainty. Something that is "probable" is more likely than not to occur. A "reasonable expectation" is something that is at least foreseen and perhaps likely to occur, but not necessarily probable. When the two expressions are used in combination — "a reasonable expectation of probable harm" — the resulting standard is perhaps not immediately apparent. However, I conclude that this long-accepted formulation is intended to capture an important point: while the third party need not show on a balance of probabilities that the harm will in fact come to pass if the records are disclosed, the third party must nonetheless do more than show that such harm is simply possible. Understood in that way, I see no reason to reformulate the way the test has been expressed.

[197] I note that in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at para. 58, the Court referred with apparent approval to the "reasonable expectation of probable harm" formulation and to the statement by Richard J. (as he then was) in *Information Commissioner (Can.) v. Immigration and Refugee Board (Can.)* (1997), 140 F.T.R. 140

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.

[196] On peut se demander ce que le mot « probable » ajoute au critère. À première vue, le critère du « risque vraisemblable de préjudice probable » semble peut-être quelque peu obscur parce qu'il ajoute des degrés d'incertitude. Une chose « probable » est plus susceptible de se produire que l'inverse. Un « risque vraisemblable » est quelque chose qui est à tout le moins prévu et qui est peut-être susceptible de se produire, mais qui n'est pas nécessairement probable. La juxtaposition des deux expressions — « un risque vraisemblable de préjudice probable » — résulte en une norme qui peut ne pas être claire à première vue. Toutefois, je conclus que cette formulation acceptée depuis longtemps vise à cerner un point important, à savoir que même s'il ne lui incombe pas d'établir selon la prépondérance des probabilités que le préjudice se produira effectivement si les documents sont communiqués, le tiers doit néanmoins faire davantage que simplement démontrer que le préjudice peut se produire. Dans cette optique, je ne vois aucune raison de reformuler le critère.

[197] Je souligne que dans *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, par. 58, la Cour a fait référence, semble-t-il en les approuvant, à la formulation « risque vraisemblable de préjudice probable » et aux propos du juge Richard (plus tard juge en chef de la Cour fédérale) dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de*

(T.D.), that this standard implies a "confident belief" (para. 43). In applying the standard, the Court concluded that the evidence did not "provide a reasonable basis for concluding that disclosure . . . could reasonably be expected to be injurious" so as to result in the harm alleged (para. 61). This comment, while not requiring proof that harm will occur on the balance of probabilities, nonetheless underlines the point that something well beyond a mere possibility of harm must be shown. As for the causal link between disclosure and harm, the Court indicated that there need not be a causal relationship as in tort law, but that there must be proof of a "clear and direct connection between the disclosure of specific information and the injury that is alleged" (*Lavigne*, at para. 58; see also *Canada Packers*, at pp. 58-59).

[198] The Court also recently interpreted a similar phrase which occurs in another statutory context. In *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706, the majority referred, at para. 60, to language specifying that a foreign national is inadmissible under s. 38(1)(*c*) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, if that individual's health condition "might reasonably be expected to cause excessive demand on health or social services". Abella J. noted that the wording establishes a requirement that "any anticipated burdens on the public purse be tethered to the realities, not the possibilities, of [the] applicants' circumstances" (para. 60 (emphasis added)).

[199] I would affirm the *Canada Packers* formulation. A third party claiming an exemption under s. 20(1)(*c*) of the Act must show that the risk of harm is considerably above a mere possibility, although not having to establish on the balance of probabilities that the harm will in fact occur. This approach, in my view, is faithful to the text of the provision as well as to its purpose.

*l'immigration et du statut de réfugié)*, [1997] A.C.F. nº 1812 (QL) (1re inst.), qui a jugé que ce critère indique qu'on doit avoir « des motifs d'y croire » (par. 43). En appliquant cette norme, la Cour a conclu que la preuve ne permettait pas « raisonnablement de conclure que la divulgation [. . .] risquerait vraisemblablement de nuire », soit de causer le préjudice appréhendé (par. 61). Ce commentaire ne veut certes pas dire qu'il faut établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'un préjudice sera causé, mais il fait néanmoins ressortir le fait qu'il faut démontrer davantage que la simple possibilité qu'un préjudice soit causé. En ce qui concerne le lien de causalité entre la divulgation et le préjudice, la Cour a affirmé qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait un lien de causalité, comme en droit de la responsabilité délictuelle ou extracontractuelle, mais qu'il faut qu'il y ait « entre la divulgation d'une information donnée et le préjudice allégué un lien clair et direct » (*Lavigne*, par. 58; voir également *Canada Packers*, p. 58-59).

[198] La Cour a aussi récemment interprété une formulation similaire qui figure dans un autre contexte législatif. Dans *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706, les juges majoritaires ont fait référence, au par. 60, à une disposition précisant que l'étranger est interdit de territoire en application du par. 38(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, si son état de santé « risqu[erait] d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux et de santé ». La juge Abella a souligné que, selon le libellé, il faut « rattacher toute prévision de fardeau pour les fonds publics à la situation réelle des demandeurs [. . .] et non à l'évolution possible de cette situation » (par. 60 (je souligne)).

[199] Je suis d'avis de confirmer la formulation figurant dans *Canada Packers*. Le tiers qui invoque une exception prévue à l'al. 20(1)*c*) de la Loi doit démontrer qu'il existe beaucoup plus qu'une simple possibilité qu'un préjudice soit causé, mais il n'est pas tenu d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que le préjudice se produira effectivement. Cette démarche, selon moi, est fidèle au libellé de la disposition et à l'objet de celle-ci.

[200] As with any question of statutory interpretation, the court must interpret the words of this statute 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.

[201] I begin with the English text of the provision. The words "could reasonably be expected to result" seem to avoid either the standard of mere possibility or the standard of probability. We must assume, I think, that both of those standards would clearly have been known to the drafters. This suggests that some middle ground was intended: something cannot reasonably be expected to occur if it is a mere possibility; but something may be reasonably expected even if it is not more likely than not to occur. The word "expected" derives from the verb "to expect", a primary meaning of which is to "regard as likely" (*The Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), at p. 523). The word "likely" is more difficult to pin down. While it can mean "probable" it may also mean "such as well might happen" (p. 889). In legal usage, the standard of proof on the balance of probabilities is often expressed by saying that something must be shown to be more likely than not. I conclude that the English text of the statute suggests a middle ground between that which is probable and that which is merely possible. The intended threshold appears to be considerably higher than a mere possibility of harm, but somewhat lower than harm that is more likely than not to occur.

[202] Turning to the French text of s. 20(1)(*c*), the phrase "*risquerait vraisemblablement de causer*" is a challenging one to interpret. The conditional "*risquerait de causer*" might be rendered into English by either "could" or "would" cause. The drafter here chose the less definite "could". The word "*vraisemblablement*" is capable of meaning "probably" or "likely": see, e.g., *Kwiatkowsky v.*

[200] Comme pour toute question d'interprétation législative, la cour doit lire les termes de la loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de celle-ci, son objet et l'intention du législateur.

[201] Je vais d'abord examiner la version anglaise de la disposition. Les mots « *could reasonably be expected to result* » (« risquerait vraisemblablement de causer ») semblent éviter soit la norme de la simple possibilité, soit celle de la probabilité. Il faut, selon moi, présumer que ces deux normes étaient bien connues des rédacteurs. Cela tend à indiquer qu'on entendait établir une solution mitoyenne : on ne saurait raisonnablement s'attendre à ce qu'une chose se produise si elle ne constitue qu'une simple possibilité; en revanche, on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une chose se produise même s'il n'est pas plus probable qu'elle se produise que l'inverse. Le mot anglais « *expected* » découle du verbe « *to expect* », dont le sens premier est « *regard as likely* » (« considérer comme étant probable ») (*The Canadian Oxford Dictionary* (2e éd. 2004), p. 523). Le sens du mot « *likely* » est toutefois plus difficile à dégager avec précision. Bien qu'il puisse signifier « *probable* » (« probable »), il peut également signifier « *such as well might happen* » (« comme il peut très bien se produire ») (p. 889). En langage juridique, on exprime souvent la norme de preuve de la prépondérance des probabilités en disant qu'il faut établir qu'il est plus probable qu'une chose se produise que l'inverse. J'arrive donc à la conclusion que la version anglaise de la disposition indique qu'il s'agit d'une solution mitoyenne entre ce qui est probable et ce qui est simplement possible. Le seuil envisagé semble exiger considérablement plus qu'une simple possibilité de préjudice, mais moins qu'un préjudice qui est plus probable de se produire que l'inverse.

[202] Je vais maintenant examiner la version française de l'al. 20(1)*c*). Le passage « risquerait vraisemblablement de causer » n'est pas facile à interpréter. Le conditionnel « risquerait de causer » peut être exprimé de deux façons en anglais, à savoir par « *could* » ou « *would* ». En l'occurrence, le rédacteur a choisi d'employer celui des deux mots qui exprime le moins de certitude, c'est-à-dire « *could* ». Par

*Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 S.C.R. 856, at pp. 863-64. However, it is often used in federal statutes as the equivalent of the English words "likely" or "reasonably" or to convey the sense of risk of something happening or not happening. Some examples follow. In the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 11(1), "*qu'une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l'enquête en question*" was drafted in English as "that a person has or is likely to have information that is relevant to the inquiry", and in s. 74.11(4) "*s'il est convaincu que le paragraphe (3) ne peut vraisemblablement pas être observé*" is drafted in English as "where it is satisfied that subsection (3) cannot reasonably be complied with". In the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 25.1(9), "*qui entraînerait vraisemblablement la perte de biens ou des dommages importants à ceux-ci*" is drafted in English as "that would be likely to result in loss of or serious damage to property", and in s. 382.1(2) "*sachant qu'ils seront vraisemblablement utilisés pour acheter ou vendre, même indirectement, les valeurs mobilières en cause ou qu'elle les communiquera vraisemblablement à d'autres personnes qui pourront en acheter ou en vendre*" was drafted in English as "knowing that there is a risk that the person will use the information to buy or sell, directly or indirectly, a security to which the information relates, or that they may convey the information to another person who may buy or sell such a security". In the *Insurance Companies Act*, S.C. 1991, c. 47, s. 294(6), "*provoquerait vraisemblablement une modification sensible du prix des valeurs mobilières de la société*" was drafted in English as "might reasonably be expected to materially affect the value of any of the securities of the company".

[203] As noted earlier, the word "likely" is a good fit with the statute's text of "could reasonably be expected to". The shared meaning rule for the interpretation of bilingual legislation dictates that the common meaning between the English and French legislative texts should be accepted:

ailleurs, le mot « vraisemblablement » peut avoir le sens de « *probably* » ou de « *likely* » : voir, p. ex., *Kwiatkowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856, p. 863-864. Toutefois, il est souvent utilisé dans les lois fédérales comme équivalent des mots anglais « *likely* » ou « *reasonably* » ou pour évoquer le risque qu'une chose se produise ou ne se produise pas. Voici quelques exemples. Au paragraphe 11(1) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, le passage « qu'une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l'enquête en question » est rendu en anglais par « *that a person has or is likely to have information that is relevant to the inquiry* » et, au par. 74.11(4), le passage « s'il est convaincu que le paragraphe (3) ne peut vraisemblablement pas être observé » est rendu par « *where it is satisfied that subsection (3) cannot reasonably be complied with* ». Au paragraphe 25.1(9) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, le passage « qui entraînerait vraisemblablement la perte de biens ou des dommages importants à ceux-ci » est rendu par « *that would be likely to result in loss of or serious damage to property* » et, au par. 382.1(2), les mots « sachant qu'ils seront vraisemblablement utilisés pour acheter ou vendre, même indirectement, les valeurs mobilières en cause ou qu'elle les communiquera vraisemblablement à d'autres personnes qui pourront en acheter ou en vendre » sont rendus par « *knowing that there is a risk that the person will use the information to buy or sell, directly or indirectly, a security to which the information relates, or that they may convey the information to another person who may buy or sell such a security* ». Enfin, au par. 294(6) de la *Loi sur les sociétés d'assurances*, L.C. 1991, ch. 47, les mots « provoquerait vraisemblablement une modification sensible du prix des valeurs mobilières de la société » sont rendus par « *might reasonably be expected to materially affect the value of any of the securities of the company* ».

[203] Comme je l'ai déjà mentionné, le mot « *likely* » est tout à fait compatible avec le passage « *could reasonably be expected to* ». Or, il existe une règle d'interprétation des lois bilingues selon laquelle il faut retenir le sens commun à la version anglaise et à la version française : Sullivan, p. 99 et

Sullivan, at pp. 99 ff., and M. Bastarache et al., *The Law of Bilingual Interpretation* (2008), at pp. 32 ff. By resorting to the shared meaning rule, I would interpret "could reasonably be expected to" in the English version and "*risquerait vraisemblablement*" in the French version as meaning "likely", a standard considerably higher than mere possibility, but somewhat lower than "more likely than not". This sense is captured by the long-standing test enunciated by the Federal Courts: "reasonable expectation of probable harm".

[204] This interpretation also serves the purposes of the Act. A balance must be struck between the important goals of disclosure and avoiding harm to third parties resulting from disclosure. The important objective of access to information would be thwarted by a mere possibility of harm standard. Exemption from disclosure should not be granted on the basis of fear of harm that is fanciful, imaginary or contrived. Such fears of harm are not reasonable because they are not based on reason: see *Air Atonabee*, at p. 277, quoting *Re Actors' Equity Assn. of Australia and Australian Broadcasting Tribunal (No 2)* (1985), 7 A.L.D. 584 (Admin. App. Trib.), at para. 25. The words "could reasonably be expected" "refer to an expectation for which real and substantial grounds exist when looked at objectively": *Watt v. Forests*, [2007] NSWADT 197 (AustLII), at para. 120. On the other hand, what is at issue is risk of future harm that depends on how future uncertain events unfold. Thus, requiring a third party (or, in other provisions, the government) to prove that harm is more likely than not to occur would impose in many cases an impossible standard of proof.

[205] Health Canada applied an unduly onerous test of probability of harm. For example, an officer at Health Canada at the relevant time deposed that,

suiv., et M. Bastarache et autres, *Le droit de l'interprétation bilingue* (2009), p. 33 et suiv. Appliquant cette règle, je conclus que le passage « *could reasonably be expected to* », qui figure dans la version anglaise, et le passage « risquerait vraisemblablement », qui se trouve dans la version française, signifient tous les deux l'équivalent de « *likely* » (« vraisemblablement »), une norme exigeant considérablement plus qu'une simple possibilité, mais un peu moins qu'une probabilité plus grande qu'une chose se produise que le contraire, soit l'équivalent de « *more likely than not* ». Ce sens, qui se reflète dans le critère du « risque vraisemblable de préjudice probable » est établi de longue date par les cours fédérales.

[204] Cette interprétation est également conforme à l'objet de la Loi. Il est nécessaire d'atteindre un équilibre entre les objectifs importants de la divulgation et la nécessité d'éviter que celle-ci soit préjudiciable à des tiers. L'objectif important visé par l'accès à l'information serait mis en échec par la norme de la simple possibilité qu'un préjudice soit causé. Il faut éviter de refuser la divulgation de renseignements sur le fondement d'une crainte de préjudice qui est fantaisiste, imaginaire ou forcée. De telles craintes ne sont pas raisonnables parce qu'elles ne sont pas fondées sur la raison : voir *Air Atonabee*, par. 52, citant un extrait de *Re Actors' Equity Assn. of Australia and Australian Broadcasting Tribunal (No 2)* (1985), 7 A.L.D. 584 (Admin. App. Trib.), par. 25. Les mots « risquerait vraisemblablement » [TRADUCTION] « expriment un risque, qui, en toute objectivité, est fondé sur des motifs réels et sérieux » : *Watt c. Forests*, [2007] NSWADT 197 (AustLII), par. 120. Par contre, ce dont il est question, c'est le risque qu'un préjudice soit causé, risque qui dépend de la concrétisation de certaines éventualités. Par conséquent, imposer au tiers (ou, dans d'autres dispositions, à l'administration) le fardeau d'établir que le préjudice est plus susceptible de se produire que de ne pas se produire reviendrait à lui imposer une norme de preuve qui, dans de nombreux cas, serait impossible à satisfaire.

[205] Santé Canada a appliqué un critère trop exigeant pour apprécier la probabilité qu'un préjudice soit causé. Par exemple, un fonctionnaire de Santé

in deciding whether disclosure could be expected to be prejudicial to a third party, the financial loss or the prejudice to a third party's competitive position must be "immediate" and "clear". This approach is not, in my respectful view, consistent with the language of s. 20(1)(*c*).

[206] To conclude, the accepted formulation of "reasonable expectation of probable harm" 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.

(c) *Could Disclosure of Publicly Available Information Cause Harm?*

[207] Merck notes in its submissions that there is no reference to confidentiality in s. 20(1)(*c*). Its position therefore is that in some cases information that is not confidential within the meaning of s. 20(1)(*b*) may still be exempted under s. 20(1)(*c*). It submits, for example, that a compilation of material may fall within s. 20(1)(*c*) even though each item in the compilation is in the public domain. Another example offered is of information which has had very limited previous disclosure. In both of these types of situations, Merck submits, the evidence may establish that harm could reasonably be expected to result from disclosure.

[208] As the respondent points out, it is very hard to show that harm can reasonably be expected to result from disclosure of publicly available information: *AstraZeneca*, at paras. 81 and 109; *Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of Health & Welfare)* (1992), 9 Admin. L.R. (2d) 161 (F.C.A.), at paras. 28-29. As Phelan J. put it in *AstraZeneca*, at para. 81, "[a]s a general proposition, publicly available information is not exempt information under section 20 either as a class of documents or under

Canada a témoigné, à l'époque pertinente, que pour conclure que la divulgation risque de causer un préjudice à un tiers, il fallait que les pertes financières ou l'atteinte à la compétitivité d'un tiers soient [TRADUCTION] « immédiates » et « manifestes ». À mon humble avis, cette approche n'est pas compatible avec le libellé de l'al. 20(1)*c*).

[206] En conclusion, la formulation acceptée du critère, à savoir le « risque vraisemblable de préjudice probable », exprime 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.

c) *La divulgation de renseignements accessibles au public peut-elle causer un préjudice?*

[207] Merck mentionne dans ses observations qu'il n'est pas question de confidentialité à l'al. 20(1)*c*). Elle estime donc que, dans certains cas, des renseignements qui ne sont pas de nature confidentielle au sens de l'al. 20(1)*b*) peuvent néanmoins être soustraits à la divulgation selon l'al. 20(1)*c*). Elle affirme, par exemple, qu'une compilation de documents est susceptible de tomber sous le coup de l'al. 20(1)*c*) même si chacun d'entre eux fait partie du domaine public. Merck cite aussi en exemple les renseignements ayant déjà fait l'objet d'une divulgation très restreinte. Dans ces deux types de situations, selon Merck, la preuve peut établir que la divulgation risquerait vraisemblablement de causer un préjudice.

[208] Comme le souligne l'intimé, il est très difficile de démontrer que la divulgation de renseignements accessibles au public risque vraisemblablement de causer un préjudice : *AstraZeneca*, par. 81 et 109; *Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1992] A.C.F. nº 950 (QL) (C.A.), par. 28-29. Comme l'a dit le juge Phelan dans *AstraZeneca*, au par. 81, « [e]n général, les renseignements accessibles au public ne sont pas des renseignements exemptés

the [harm] test. It requires compelling evidence to dislodge the logical conclusion that information in the public domain will be used, particularly by knowledgeable users."

[209] I accept this general principle. In this case, however, the difference between the parties is more concerned with what the information really consists of than with whether it is publicly available. For example, Merck submits that *the compilation* of publicly available studies is a separate work from the studies themselves and one which is created by Merck's employees with a considerable investment of time and resources. Thus, the information at issue is not the publicly available information that the studies exist or what their content includes. What is not publicly available, says Merck, is the way a group of publicly available studies was compiled for a particular purpose.

[210] I do not think this submission fails as a matter of principle. It may be possible in some cases to show that the way in which publicly available information has been assembled in a particular situation is not, itself, publicly known. Once that is done, the question becomes whether disclosing it has been shown to give rise to the risk of harm required under s. 20(1)(*c*).

(d) *Types of Harm to the Third Party*

[211] I now turn to address the parties' submissions about the types of harm on which a third party may rely in claiming the s. 20(1)(*c*) exemption. It is for the reviewing judge to decide whether the evidence shows that disclosure could reasonably be expected to result in harm of the nature specified in s. 20(1)(*c*). I mention this to underline the point that while the case law can set out general principles governing the provision's application, at the end of the day, there is a significant factual component to the inquiry which will turn on the particular circumstances and evidence in each case.

de divulgation en vertu de l'article 20, soit à titre de catégorie de documents, soit selon le critère du "préjudice". Il faut une preuve convaincante pour déloger la conclusion logique que des renseignements du domaine public seront utilisés, surtout par des utilisateurs avertis. »

[209] Je souscris à ce principe général. En l'espèce, toutefois, le différend entre les parties porte davantage sur la véritable nature des renseignements que sur la question de savoir s'ils sont accessibles au public. Par exemple, Merck affirme que *la compilation* d'études accessibles au public constitue un élément d'information distinct des études elles-mêmes que son personnel a consacré beaucoup de temps et d'énergie à créer. Par conséquent, le renseignement en cause n'est pas l'un des renseignements accessibles au public qui révèlent l'existence des études ou la teneur de celles-ci. Ce qui n'est pas accessible au public, selon Merck, c'est la manière dont des études accessibles au public ont été compilées dans un but précis.

[210] Je ne crois pas qu'il faut rejeter en principe cet argument. Il peut être possible dans certains cas de démontrer que la manière dont des renseignements accessibles au public ont été rassemblés dans une situation particulière n'est pas en soi de notoriété publique. Une fois cette démonstration faite, il faut se demander s'il a été établi que la divulgation de ces renseignements pose le risque de préjudice requis au titre de l'al. 20(1)*c*).

d) *Types de préjudice causé au tiers*

[211] Je passe maintenant aux observations des parties concernant les types de préjudice qu'un tiers peut invoquer pour se prévaloir de l'exception prévue à l'al. 20(1)*c*). Il revient au juge siégeant en révision de décider si la preuve démontre que la divulgation risquerait vraisemblablement de causer un préjudice du type visé à l'al. 20(1)*c*). Je le mentionne afin de souligner que la jurisprudence peut certes établir les principes généraux d'application de la disposition, mais qu'en bout de ligne l'analyse des circonstances particulières et de la preuve dans chaque cas comporte une composante factuelle importante.

[212] To begin, it is worth noting that the list of types of harm in s. 20(1)(*c*) is disjunctive. It is sufficient for a third party to show that disclosure could reasonably be expected to result in any one of a financial loss or gain or in prejudice to the third party's competitive position. In other words, it is not necessary for the third party to show that the "prejudice" to his or her competitive position also results in "harm": see *Brookfield Lepage*, at paras. 9-10.

[213] That brings us to the types of harm alleged by Merck. I will discuss each one briefly. The submissions here focus on material that is not otherwise exempted because it is a trade secret or confidential commercial information which ought to be exempted under ss. 20(1)(*a*) and 20(1)(*b*). Putting aside what may be described as bald assertions, Merck has raised three types of harm: (i) facilitating a competitor's drug development with concomitant losses to Merck; (ii) facilitating a competitor's preparation of an NDS or an SNDS with concomitant losses to Merck; and (iii) giving an incorrect impression concerning Singulair®'s safety. I will briefly comment on each type of harm.

[214] I turn first to the evidence about how release of the pages in issue could cause harm to Merck by facilitating a competitor's new drug development process. In essence, the allegation is that the information could help a competitor bring its drug to market more quickly than it otherwise could and that this in turn would cause prejudice to Merck's competitive position. This point was advanced with respect to a number of types of information:

- Lists of references and cross-referencing: Merck maintains that this information provides a first screening of all articles available in the public domain and is therefore likely to facilitate the competitor's drug development program by identifying key elements

[212] Il convient tout d'abord de signaler que les types de préjudice énumérés à l'al. 20(1)*c*) sont présentés de façon disjonctive. Il suffit au tiers de démontrer que la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou des profits financiers ou de nuire à sa compétitivité. Autrement dit, le tiers n'a pas à démontrer que l'« atteinte » à sa compétitivité cause également un « préjudice » : voir *Brookfield Lepage*, par. 9-10.

[213] Cela nous amène aux types de préjudice allégués par Merck. J'analyserai brièvement chacun d'entre eux. Cette partie des observations de Merck porte principalement sur des documents qui ne sont pas par ailleurs soustraits à la communication parce qu'ils contiennent un secret industriel ou des renseignements commerciaux de nature confidentielle qu'il faut soustraire à la divulgation en application des al. 20(1)*a*) et *b*). Mis à part ce que l'on peut qualifier d'affirmations sommaires, Merck a invoqué trois types de préjudice : (i) aider un concurrent à développer des drogues, ce qui lui fait subir des pertes; (ii) aider un concurrent à préparer une PDN ou une PSDN, ce qui lui fait subir des pertes; et (iii) donner une impression erronée quant à l'innocuité du Singulair®. Je commenterai succinctement chaque type de préjudice.

[214] Je traiterai d'abord de la preuve concernant le préjudice que la communication des pages en litige pourrait causer à Merck en aidant un concurrent à développer de nouvelles drogues. Merck allègue essentiellement que les renseignements pourraient aider un concurrent à mettre en marché ses drogues plus rapidement qu'il le ferait s'il ne disposait pas de ces renseignements, et que cela nuirait ainsi à sa compétitivité. Elle a présenté cet argument à l'égard de plusieurs types de renseignements :

- Listes de références et de renvois : Merck soutient que ces renseignements fournissent une analyse préalable de tous les articles faisant partie du domaine public et qu'ils pourraient donc vraisemblablement améliorer le programme de développement de drogues du

investigated, developed or used in the NDS or SNDS submission.

- Manufacturing information: information about how the product is manufactured will facilitate and accelerate the competitor's own drug production.

- Merck's responses to questions raised by Health Canada during the review process: this information alerts competitors as to what the issues are in registering this class of product. A competitor's advance knowledge of these issues would expedite its drug development and submission review, jeopardizing Merck's competitive position.

- Disclosure of some information would give a misleading impression of the product's safety and be exploited by competitors with resulting financial loss to Merck.

[215] I do not understand Health Canada to contest the proposition that manufacturing and other scientific information about the product which is not in the public domain may well be exempt from disclosure under either s. 20(1)(*a*) or (*b*). Health Canada maintains, rather, that information of that nature has been redacted from the records which it intends to disclose. For the reasons set out earlier, my view is that Merck's evidence does not effectively answer Health Canada's evidence on this point. I will therefore put to the side Merck's submissions that any such confidential manufacturing or scientific information which is not in the public domain remains in issue under s. 20(1)(*c*). The points to be resolved under s. 20(1)(*c*), therefore, are whether lists of references and cross-referenced published sources, or information about how the approval process unfolded, are exempted under s. 20(1)(*c*).

concurrent, car ils mentionnent les éléments clés qui ont fait l'objet d'études, ont été élaborés ou ont été utilisés dans le cadre de la PDN ou la PSDN.

- Renseignements sur la fabrication : les renseignements sur la fabrication du produit aideront le concurrent à fabriquer ses propres drogues et à le faire plus rapidement.

- Réponses de Merck aux questions posées par Santé Canada dans le cadre du processus d'examen : ces renseignements éveillent l'attention des concurrents sur les questions en jeu dans le cadre du processus d'approbation de cette catégorie de produit. Le concurrent qui connaît ces questions à l'avance pourrait développer des drogues et faire examiner ses présentations plus rapidement, ce qui compromettrait la compétitivité de Merck.

- La divulgation de certains renseignements donnerait une impression erronée quant à l'innocuité du produit et serait exploitée par les concurrents, ce qui causerait à Merck des pertes financières.

[215] Je ne crois pas que Santé Canada conteste l'argument que les renseignements sur la fabrication du produit et les autres renseignements scientifiques relatifs à ce dernier qui ne font pas partie du domaine public peuvent fort bien être soustraits à la divulgation en application des al. 20(1)*a*) ou *b*). Santé Canada maintient plutôt que les renseignements de cette nature ont été retranchés des documents qu'il entend communiquer. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, j'estime que la preuve présentée par Merck ne réfute pas effectivement la preuve de Santé Canada à cet égard, et c'est pourquoi je ne m'attarderai pas à son argument suivant lequel il reste à savoir si tout renseignement de cette nature qui ne fait pas partie du domaine public est visé par l'al. 20(1)*c*). La question à trancher en ce qui concerne l'al. 20(1)*c*) est donc de savoir si les listes de référence et les renvois à des sources publiées ou renseignements sur la façon dont le processus d'approbation s'est déroulé sont soustraits à la communication en application de l'al. 20(1)*c*).

[216] I turn then to Merck's submission that its compilations of published studies could allow a competitor to copy its work for the purposes of the competitor's own drug development or approval process, thereby prejudicing Merck's competitive position and causing it financial loss. There are three relevant general principles that need to be borne in mind in this regard.

[217] The first is that disclosure of general information such as dates, numbering and location of information within an NDS or the manner of its presentation generally does not give rise to the necessary expectation of harm or competitive prejudice. The same may be said about lists of studies or acknowledgement that certain studies which have been released to the public have been consulted. Of course, everything will turn on the evidence in the particular case.

[218] Second, knowledge that may be gleaned from the records about how the regulatory process works is, as Phelan J. succinctly put it in *AstraZeneca*, "not the type of information which section 20 is designed to exempt from disclosure" (para. 94). A purpose of access to information legislation is to make the workings of government more transparent. It would be contrary to this purpose to hold that disclosure of information about how the regulatory process works in general, or how it worked in a particular case, confers a competitive advantage or disadvantage.

[219] Third, disclosure of information, not already public, that is shown to give competitors a head start in developing competing products, or to give them a competitive advantage in future transactions may, in principle, meet the requirements of s. 20(1)(*c*). The evidence would have to convince the reviewing court that there is a direct link between the disclosure and the apprehended harm and that the harm could reasonably be expected to ensue from disclosure: see, e.g., *AB Hassle v. Canada (Minister*

[216] J'examinerai maintenant l'affirmation de Merck selon laquelle ses compilations d'études publiées pourraient permettre à un concurrent de s'inspirer de son travail pour les fins du développement ou du processus d'approbation de ses propres drogues, ce qui nuirait à sa compétitivité et lui causerait des pertes financières. À cet égard, il faut garder à l'esprit trois principes généraux pertinents.

[217] Premièrement, la divulgation de renseignements généraux tels que les dates, la numérotation et la partie de la PDN où se trouvent les renseignements ou, de façon générale, la façon dont cette dernière est présentée, ne suscite pas le risque nécessaire en matière de préjudice ou de perte de compétitivité. Cela vaut aussi pour les listes d'études ou la déclaration que certaines études rendues publiques ont été consultées. Bien entendu, tout dépendra de la preuve au dossier.

[218] Deuxièmement, comme l'a dit succinctement le juge Phelan dans *AstraZeneca*, les renseignements que l'on peut tirer des documents au sujet du fonctionnement du processus réglementaire « [ne sont] pas le genre de renseignements que l'article 20 est conçu pour soustraire à la divulgation » (par. 94). La législation en matière d'accès à l'information a notamment pour objet d'accroître la transparence des activités de l'administration. Or, il serait contraire à cet objet de juger que la divulgation de renseignements sur le fonctionnement du processus réglementaire en général ou son fonctionnement dans un cas particulier confère un avantage ou un désavantage concurrentiel.

[219] Troisièmement, la divulgation de renseignements qui n'ont pas déjà été rendus publics et dont on démontre la longueur d'avance qu'ils confèrent à la concurrence dans le développement de produits concurrents, ou l'avantage concurrentiel qu'ils offrent à cette dernière en ce qui concerne des opérations à venir, peut, en principe, satisfaire aux conditions prévues à l'al. 20(1)*c*). La preuve doit convaincre la cour siégeant en révision qu'il existe un lien direct entre la divulgation des

*of National Health and Welfare)* (1998), 161 F.T.R. 15, at para. 42, aff'd [2000] 3 F.C. 360 (C.A.); *Wells v. Canada (Minister of Transport)* (1995), 103 F.T.R. 17, at para. 9; *Culver v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 1999 CanLII 8959 (F.C.T.D.), at para. 17; *Bitove Corp. v. Canada (Minister of Transport)* (1996), 119 F.T.R. 278 (F.C.T.D.), at para. 10; *Coradix Technology Consulting Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2006 FC 1030, 307 F.T.R. 116, at para. 31; *Canada Post Corp. v. National Capital Commission*, 2002 FCT 700, 221 F.T.R. 56, at paras. 16-17; *Aventis Pasteur Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1371, 262 F.T.R. 73, at paras. 32-33; and *Prud'homme v. Agence canadienne de développement international* (1994), 85 F.T.R. 302, at para. 7. Even if information taken in isolation may not seem to fall within the exemption, the information should nonetheless be examined in its entirety in order to determine the likely impact of its disclosure.

[220] I conclude that as a matter of principle, the disclosure of information that is not already in the public domain and that could give competitors a head start in product development, or which they could use to their competitive advantage, may be shown to give rise to a reasonable expectation of probable harm or prejudice to the third party's competitive position. The question here is whether Merck's evidence did so.

[221] The reviewing judge ruled against Merck on many of its claims for exemption under s. 20(1)(*c*) in both the NDS and the SNDS. Merck did not persuade the Federal Court of Appeal that he had erred in those rulings and it advances no document-specific submissions in this Court in relation to any of them. The only document-specific submissions by Merck before us relate to about 25 pages in the NDS to which the reviewing judge found that the

renseignements et le préjudice appréhendé et que la divulgation risque vraisemblablement de causer ce préjudice : voir, p. ex., *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, 1998 CanLII 8942 (C.F., 1re inst.), par. 42, conf. par [2000] 3 C.F. 360 (C.A.); *Wells c. Canada (Ministre des Transports)*, [1995] A.C.F. nº 1447 (QL) (1re inst.), par. 9; *Culver c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 1999 CanLII 8959 (C.F., 1re inst.), par. 17; *Bitove Corp. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1996] A.C.F. nº 1198 (QL) (1re inst.), par. 10; *Coradix Technology Consulting Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2006 CF 1030 (CanLII), par. 31; *Société canadienne des postes c. Commission de la capitale nationale*, 2002 CFPI 700 (CanLII), par. 16-17; *Aventis Pasteur Ltée c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1371 (CanLII), par. 32-33; et *Prud'homme c. Agence canadienne de développement international* (1994), 85 F.T.R. 302, par. 7. Les renseignements qui, pris isolément, ne semblent pas tomber sous le coup de l'exception doivent néanmoins être examinés dans leur ensemble pour établir l'incidence qu'aurait vraisemblablement leur divulgation.

[220] Je conclus qu'en principe il est possible de démontrer que la divulgation de renseignements qui ne sont pas déjà du domaine public et qui pourraient donner aux concurrents une longueur d'avance dans le développement de produits, ou dont ces derniers pourraient se servir pour accroître leur compétitivité, suscite un risque vraisemblable de préjudice probable ou d'atteinte à la compétitivité du tiers. Il s'agit en l'espèce de savoir si la preuve présentée par Merck le démontre.

[221] Le juge siégeant en révision a donné tort à Merck relativement à plusieurs des cas où elle invoquait l'al. 20(1)*c*) pour empêcher la communication de documents se rapportant à la PDN et d'autres ayant trait à la PSDN. Merck n'a pas convaincu la Cour d'appel fédérale que le juge avait fait erreur en agissant ainsi, et elle n'a présenté à notre Cour aucun argument visant un document précis à l'égard de l'un ou l'autre de ces cas. Les seules observations

s. 20(1)(*c*) exemption applied. That ruling was set aside by the Court of Appeal.

[222] Having reviewed Merck's submissions and the evidence referred to, my view is that the Federal Court of Appeal's appellate intervention was justified and that, in making its own assessment, it did not err in its disposition of these claims for exemption. Health Canada's evidence was to the effect that virtually all of the unredacted information on the pages in issue was in the public domain and it gave extensive and precise references to where the information could be publicly obtained. This evidence was largely unanswered by Merck and it did not provide evidence showing how the disclosure of the redacted form of the information could reasonably be expected to give rise to the harm and prejudice it claimed. I also reiterate here my conclusions in relation to s. 20(1)(*b*) as it applies to lists of studies.

[223] That leaves for consideration Merck's submission that release of some of the pages could give an inaccurate perception of the product's safety. Merck says that refusal to disclose this sort of information under s. 20(1)(*c*) is not problematic because proper information in proper context is provided in the Product Monograph. Moreover, there are reporting requirements relating to information where public safety is concerned and, in an appropriate case, the public interest override could be invoked to release such information even if it is found to be exempt under s. 20(1)(*c*), providing disclosure is in the public interest.

[224] I do not accept the principles inherent in these submissions. The courts have often — and rightly — been sceptical about claims that the public misunderstanding of disclosed information

visant des documents précis que nous a présentées Merck portent sur environ 25 pages de la PDN, qui, selon le juge, étaient visées par l'exception prévue à l'al. 20(1)*c*). La Cour d'appel fédérale a annulé cette conclusion.

[222] Après avoir examiné les arguments de Merck et la preuve qui a été invoquée, je suis d'avis que l'intervention de la Cour d'appel fédérale était justifiée et que celle-ci n'a pas commis d'erreur en faisant sa propre appréciation lorsqu'elle a statué sur ces demandes d'application d'exceptions. Selon la preuve produite par Santé Canada, la quasi-totalité des renseignements qui n'ont pas été retranchés des pages en litige faisait partie du domaine public. De plus, Santé Canada a énuméré de façon précise un très grand nombre d'endroits où le public pouvait obtenir ces renseignements. Merck n'a pas réfuté la majeure partie de cette preuve, et elle n'a produit aucun élément de preuve démontrant en quoi la divulgation des renseignements sous leur forme expurgée risquait vraisemblablement de causer le préjudice qu'elle invoquait. Les conclusions que j'ai tirées concernant l'application de l'al. 20(1)*b*) aux listes d'études s'appliquent également dans le présent contexte.

[223] Il reste à examiner l'argument de Merck que la communication de certaines des pages pourrait donner une impression erronée quant à l'innocuité du produit. Selon Merck, le refus de divulguer les renseignements de ce genre en application de l'al. 20(1)*c*) ne pose pas problème étant donné que la monographie de produit fournit les bons renseignements dans un contexte approprié. En outre, il y a des exigences à respecter en matière de présentation des renseignements qui touchent à la sécurité publique et, dans les cas qui s'y prêtent, on peut invoquer la dérogation en matière d'intérêt public pour divulguer de tels renseignements même s'il est conclu qu'ils sont soustraits à la communication en application de l'al. 20(1)*c*), à condition qu'il soit dans l'intérêt public de le faire.

[224] Je ne souscris pas aux principes qui sous-tendent ces arguments. Les tribunaux ont souvent — et avec raison — accueilli avec scepticisme les allégations que la mauvaise compréhension, par

will inflict harm on the third party: see, e.g., *Air Atonabee*, at pp. 280-81; *Canada Packers*, at pp. 64-65; *Coopérative fédérée du Québec v. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)* (2000), 180 F.T.R. 205, at paras. 9-15. If taken too far, refusing to disclose for fear of public misunderstanding would undermine the fundamental purpose of access to information legislation. The point is to give the public access to information so that they can evaluate it for themselves, not to protect them from having it. In my view, it would be quite an unusual case in which this sort of claim for exemption could succeed.

[225] It is particularly important to allow broad access to this sort of information in the context of the pharmaceutical industry. As the respondent points out, Health Canada systematically posts on its website reports about undesirable effects of all drugs sold in Canada. In addition, the *Food and Drug Regulations* require pharmaceutical companies to report adverse reactions of their drugs to Health Canada (s. C.01.017). Information about those reactions is publicly available. It is therefore difficult to see how release of such reports through an access to information request could result in harm to the third party.

[226] Merck has not persuaded me that it established the grounds for a s. 20(1)(*c*) exemption for documents of this nature.

[227] To conclude on s. 20(1)(*c*), Merck has not shown that the Federal Court of Appeal erred in the principles it applied or how it applied them.

(5) Conclusion With Respect to Section 20(1) Exemptions

[228] In my view, Merck has not shown that any of the pages in issue, as redacted, contain any information exempted under s. 20(1)(*a*), (*b*) or (*c*).

le public, des renseignements divulgués sera préjudiciable au tiers : voir, p. ex., *Air Atonabee*, par. 57-61; *Canada Packers*, p. 64-65; *Coopérative fédérée du Québec c. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)* (2000), 180 F.T.R. 205, par. 9-15. Refuser trop facilement de divulguer des renseignements par crainte que le public les comprenne mal compromettrait l'objet fondamental de la législation en matière d'accès à l'information. Il s'agit de permettre aux membres du public de prendre connaissance des renseignements pour qu'ils puissent eux-mêmes les apprécier, et non de les empêcher de les obtenir. À mon avis, une exception ne pourrait être invoquée avec succès sur la base d'un tel argument que dans une situation assez exceptionnelle.

[225] Il est particulièrement important de donner un accès étendu à de tels renseignements dans le contexte de l'industrie pharmaceutique. Comme le souligne l'intimé, Santé Canada publie systématiquement sur son site Web des rapports au sujet des effets indésirables de toutes les drogues vendues au Canada. De plus, le *Règlement sur les aliments et drogues* exige des sociétés pharmaceutiques qu'elles signalent à Santé Canada les réactions indésirables à leurs drogues (art. C.01.017). Les renseignements sur ces réactions sont accessibles au public. Il est donc difficile de concevoir comment la communication de ces rapports en réponse à une demande d'accès à l'information pourrait causer préjudice au tiers.

[226] Merck ne m'a pas convaincu qu'elle a établi les motifs justifiant l'application de l'exception prévue à l'al. 20(1)*c*) aux documents de cette nature.

[227] Pour clore sur l'al. 20(1)*c*), Merck n'a pas établi que la Cour d'appel fédérale a omis d'appliquer les bons principes ou encore qu'elle a commis une erreur en appliquant les principes pertinents.

(5) Conclusion sur les exceptions prévues au par. 20(1)

[228] À mon avis, Merck n'a pas démontré que l'une ou l'autre des pages en litige sous leur forme expurgée contient un quelconque renseignement soustrait à la divulgation en application des al. 20(1)*a*), *b*) ou *c*).

C. *Severance of the Record Under Section 25 of the Act*

[229] When heads of government institutions determine that a requested record contains exempted information in respect of which they are authorized to refuse disclosure, they must go on to consider the issue of severance. By virtue of s. 25 of the Act, they are required to disclose any part of the record that does not contain such exempted information and which can reasonably be severed from any part that does contain exempted information. Section 25 reads:

**25.** Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material.

[230] In this case, the reviewing judge found entire pages were exempt that the institutional head had decided could be disclosed with exempted material redacted. The Court of Appeal found the judge had erred in this regard and Merck challenges that conclusion.

[231] In both the NDS and SNDS files, the reviewing judge found that, apart from a few instances in which he noted specific passages could be redacted, the entirety of all the other pages contained exempted information and should not be disclosed. He held in both the NDS and SNDS files that "it would be extremely difficult to isolate the information that should not be disclosed": see Beaudry J., at para. 114 (2006 FC 1200); see also, Beaudry J., at para. 108 (2006 FC 1201). With respect to the NDS decision (2006 FC 1201), at para. 108, I believe the judge's reference to examples was intended to be to para. 106 rather than to para. 107. The judge did not set out the applicable

C. *Renseignements prélevés en application de l'art. 25 de la Loi*

[229] Le responsable d'une institution fédérale qui décide que le document demandé contient des renseignements dont il peut refuser la divulgation doit ensuite se pencher sur la question du prélèvement. L'article 25 de la Loi l'oblige à communiquer les parties du document dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux. Voici le texte de l'art. 25 :

**25.** Le responsable d'une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s'autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d'en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux.

[230] En l'espèce, le juge siégeant en révision a confirmé que des pages entières étaient visées par l'une ou l'autre des exceptions, pages qui, selon le responsable de l'institution, pouvaient être communiquées après que les renseignements soustraits à la divulgation en eurent été retranchés. La Cour d'appel fédérale en est venue à la conclusion que le juge s'était trompé à cet égard, et Merck conteste celle-ci.

[231] Le juge siégeant en révision a conclu, tant dans le dossier de la PDN que dans celui de la PSDN, que, mis à part quelques cas où il a relevé des passages précis à retrancher, toutes les autres pages contenaient des renseignements soustraits à la divulgation et ne devaient pas être communiquées. Il a conclu, relativement à l'un et l'autre dossier, qu'« il [. . .] paraît sérieusement problématique d[e] séparer [de ces pages] les renseignements dont la communication devrait être refusée » : voir les motifs du juge Beaudry au par. 114 (2006 CF 1200); voir aussi ses motifs au par. 108 (2006 CF 1201). En ce qui concerne la décision relative au dossier de la PDN (2006 CF 1201),

legal principles or indicate how they applied in the circumstances.

[232] The Court of Appeal found fault with the reviewing judge's decision on two grounds. The Court of Appeal faulted the reviewing judge for substituting his discretion for that of the institutional head with respect to s. 25 (para. 104). I respectfully do not agree with the Court of Appeal on this point. As Merck submits, on the s. 44 review, it was the role of the reviewing judge to review the disclosure decision of the institutional head and to determine whether that decision was in accordance with the Act. It follows that the Court of Appeal was in error to the extent it faulted the judge for having "substituted" his view for that of the institutional head. The reviewing judge was required to consider whether the institutional head had properly applied s. 25.

[233] The second error identified by the Court of Appeal was that the reviewing judge failed to explain why the non-exempt material could not reasonably be severed and disclosed. Here, in my view, the Court of Appeal was on firm ground. The reviewing judge did not explain why it would be "extremely difficult" to sever and disclose the non-exempt information. In the absence of any explanation from the reviewing judge (and none being apparent from his reasons read in the context of the whole record), the Court of Appeal was obliged to intervene.

[234] Additionally, in this Court, Merck did not provide any submissions as to why the non-exempt material could not reasonably be severed. In other words, it did not offer submissions in defence of the substance of the reviewing judge's decision. In

je crois que les exemples auxquels renvoie le juge au par. 108 de ses motifs étaient censés être ceux qui figurent au par. 106 plutôt qu'au par. 107. Le juge n'a ni énoncé les principes juridiques applicables, ni précisé en quoi ils s'appliquaient en l'espèce.

[232] La Cour d'appel fédérale a critiqué la décision du juge siégeant en révision à deux égards. D'abord, elle lui a reproché d'avoir substitué son pouvoir discrétionnaire à celui du responsable de l'institution pour ce qui est de l'art. 25 (par. 104). En toute déférence, je ne partage pas l'avis de la Cour d'appel fédérale sur ce point. Comme le soutient Merck, dans le cadre du recours en révision prévu à l'art. 44, il appartenait au juge siégeant en révision de contrôler la décision du responsable de l'institution en matière de divulgation et d'établir si cette décision était conforme à la Loi. Par conséquent, la Cour d'appel fédérale a commis une erreur dans la mesure où elle a reproché au juge d'avoir « substitué » son avis à celui du responsable de l'institution. Le juge siégeant en révision était tenu de décider si le responsable de l'institution avait appliqué correctement l'art. 25.

[233] Ensuite, la Cour d'appel fédérale a reproché au juge siégeant en révision de ne pas avoir expliqué pourquoi les renseignements non soustraits à la divulgation ne pouvaient pas être prélevés et divulgués sans que cela ne pose de problèmes sérieux. Sur ce point, il ne fait aucun doute, à mon avis, que la Cour d'appel fédérale a raison. En effet, le juge siégeant en révision n'a pas expliqué pourquoi il paraissait « sérieusement problématique » de prélever et de divulguer les renseignements non soustraits à la divulgation. En l'absence de toute explication de la part du juge siégeant en révision (d'ailleurs, aucune explication ne ressort de ses motifs lorsqu'on les interprète eu égard à l'ensemble du dossier), la Cour d'appel fédérale se devait d'intervenir.

[234] De plus, Merck n'a présenté à notre Cour aucun argument expliquant pourquoi les renseignements non soustraits à la divulgation ne pouvaient pas être prélevés sans que cela ne pose de problèmes sérieux. En d'autres termes, elle n'a avancé

the absence of such submissions, and in light of my conclusion that appellate intervention was justified, I would uphold the Court of Appeal's decision setting aside the reviewing judge's decision in relation to s. 25.

[235] It will be helpful, however, to reiterate some of the key principles in relation to s. 25.

[236] To begin, it is important to recognize that applying s. 25 is mandatory, not discretionary. The section directs that the institutional head "shall [not 'may'] disclose any part of the record that does not contain" exempted information, provided it can reasonably be severed: see *Dagg*, at para. 80. Thus, the institutional head has a duty to ensure compliance with s. 25 and to undertake a severance analysis wherever information is found to be exempt from disclosure.

[237] The heart of the s. 25 exercise is determining when material subject to the disclosure obligation "can reasonably be severed" from exempt material. In my view, this involves both a semantic and a cost-benefit analysis. The semantic analysis is concerned with whether what is left after excising exempted material has any meaning. If it does not, then the severance is not reasonable. As the Federal Court of Appeal put it in *Blank v. Canada (Minister of the Environment)*, 2007 FCA 289, 368 N.R. 279, at para. 7, "those parts which are not exempt continue to be subject to disclosure if disclosure is meaningful". The cost-benefit analysis considers whether the effort of redaction by the government institution is justified by the benefits of severing and disclosing the remaining information. Even where the severed text is not completely devoid of meaning, severance will be reasonable only if disclosure of the unexcised portions of the record would reasonably fulfill the purposes of the Act. Where severance leaves only "[d]isconnected snippets of releasable information", disclosure of

aucun argument pour défendre le bien-fondé de la décision du juge siégeant en révision. Faute de tels arguments, et vu ma conclusion que l'intervention de la Cour d'appel fédérale était justifiée, je suis d'avis de confirmer la décision de celle-ci annulant la décision du juge siégeant en révision relativement à l'art. 25.

[235] Il est cependant utile de répéter certains des principes clés applicables en ce qui concerne l'art. 25.

[236] Pour commencer, il importe de reconnaître que l'application de l'art. 25 est obligatoire, et non discrétionnaire. Selon cet article, le responsable de l'institution « est [. . .] tenu [de] communiquer [et non "peut" communiquer] les parties [du document] dépourvues » des renseignements soustraits à la divulgation, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux : voir *Dagg*, par. 80. Le responsable de l'institution a donc l'obligation de veiller au respect de l'art. 25 et de se pencher sur la question du prélèvement s'il est conclu que certains renseignements sont soustraits à la divulgation.

[237] Selon l'art. 25, il faut essentiellement relever les parties du document soustrait à la communication qui peuvent, elles, être communiquées et dont « le prélèvement [. . .] ne pose pas de problèmes sérieux ». J'estime que cet exercice comporte une analyse sémantique ainsi qu'une analyse des coûts et des avantages. D'une part, l'analyse sémantique vise à établir si ce qu'il reste après que les renseignements soustraits à la divulgation ont été retranchés du document en cause a un sens. Dans la négative, il n'est pas raisonnable de procéder au prélèvement. Comme l'a dit la Cour d'appel fédérale dans *Blank c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2007 CAF 289 (CanLII), au par. 7, « les passages qui ne sont pas protégés doivent toujours être communiqués si cela est utile ». D'autre part, l'analyse des coûts et des avantages sert à déterminer si les avantages qu'il y a à prélever et divulguer les renseignements restants à la suite du processus d'expurgation justifient les efforts déployés par l'institution fédérale en vue d'expurger le document en cause. Même si le texte prélevé n'est pas

that type of information does not fulfill the purpose of the Act and severance is not reasonable: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 551 (T.D.), at pp. 558-59; *SNC-Lavalin Inc.*, at para. 48. As Jerome A.C.J. put it in *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143 (T.D.):

> To attempt to comply with section 25 would result in the release of an entirely blacked-out document with, at most, two or three lines showing. Without the context of the rest of the statement, such information would be worthless. The effort such severance would require on the part of the Department is not reasonably proportionate to the quality of access it would provide. [Emphasis added; pp. 160-61.]

[238] That said, one must not lose sight of the purpose of s. 25. It aims to facilitate access to the most information reasonably possible while giving effect to the limited and specific exemptions set out in the Act: *Ontario (Public Safety and Security)*, at para. 67.

[239] Section 25 must also be considered in relation to the question of giving notice to a third party under s. 27. As I discussed earlier, notice is required whenever the institutional head forms the intention to release information that he or she believes might be exempt, including severed material under s. 25. I am also of the view that the institutional head is obliged to do his or her best to apply s. 25 before giving notice and should indicate to the third party what redactions will be made as a result of the institutional head's initial review. I note that the notice provision in s. 27(3)(*a*) and (*b*) refers to the institutional head giving notice of the intention to release "a record or a part thereof" and providing the third party with "a description of the contents of the record or part thereof" that may relate to the third party. This suggests that the institutional

complètement dénué de sens, le prélèvement n'est raisonnable que si la divulgation des passages du document n'ayant pas été retranchés remplissait raisonnablement les objectifs de la Loi. Dans les cas où il ne reste que « [d]es bribes de renseignements pouvant être divulgués » à la suite du prélèvement, la divulgation de ces renseignements ne remplit pas l'objet de la Loi, et le prélèvement n'est pas raisonnable : *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 551 (1re inst.), p. 558-559; *SNC-Lavalin Inc.*, par. 48. Comme l'a dit le juge en chef adjoint Jerome dans *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 1 C.F. 143 (1re inst.) :

> Si l'on se conformait à l'article 25, il en résulterait la communication d'un document complètement censuré, laissant voir tout au plus deux ou trois lignes. Sorties de leur contexte, ces informations seraient inutiles. Le travail de prélèvement nécessaire de la part du Ministère n'est pas raisonnablement proportionné à la qualité de l'accès qui s'ensuivrait. [Je souligne; p. 160-161.]

[238] Cela dit, il ne faut pas perdre de vue l'objet de l'art. 25, qui vise à faciliter l'accès au plus de renseignements possible tout en donnant effet aux exceptions précises et limitées prévues à la Loi : *Ontario (Sûreté et Sécurité publique)*, par. 67.

[239] Il faut aussi tenir compte de l'art. 25 dans le contexte de l'avis à donner au tiers en application de l'art. 27. Comme je l'ai déjà mentionné, le responsable de l'institution qui a l'intention de divulguer des renseignements qui, selon lui, pourraient être soustraits à la divulgation, y compris des renseignements prélevés conformément à l'art. 25, doit donner au tiers intéressé un avis de son intention. J'estime également que le responsable de l'institution doit faire de son mieux pour appliquer l'art. 25 avant de donner l'avis au tiers et qu'il lui incombe d'informer ce dernier des passages qui seront retranchés à la suite de son examen initial. Je souligne que, selon les dispositions en matière d'avis prévues aux al. 27(3)*a*) et *b*), le responsable de l'institution donne au tiers intéressé avis de son intention de donner communication « totale ou partielle [d'un]

head is to make an effort to apply s. 25 at the notice stage.

[240] Of course, the institutional head can only proceed on the basis of the information reasonably available. But consistent with the thresholds for notice which I set out earlier, the institutional head should identify the records he or she has determined clearly fall within the s. 20(1) exemptions and, having done so, go on to determine under s. 25 what information must be disclosed because it can reasonably be severed from the exempt material.

[241] For the reasons set out earlier, I would affirm the Federal Court of Appeal's disposition of the s. 25 issue.

IV. Disposition

[242] I would dismiss the appeals with costs.

The reasons of Deschamps, Abella and Rothstein JJ. were delivered by

[243] DESCHAMPS J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleague Cromwell J. I agree with his approach to the issue of notice. The head of the institution must review all the relevant material before him or her and can disclose information without notice only if there is clearly no reason to believe that the record might contain exempt information. I also agree with my colleague that, on the issue of the standard of proof, the Court of Appeal erred in imposing a standard higher than that of proof on a balance of probabilities.

[244] However, in my view, the Federal Court's judgments (2006 FC 1200, 301 F.T.R. 241, and

document » et fournit à ce dernier « la désignation du contenu total ou partiel du document » susceptible de le concerner, ce qui donne à penser que le responsable de l'institution doit s'efforcer d'appliquer l'art. 25 au stade de l'avis.

[240] Bien entendu, le responsable de l'institution ne peut agir qu'en se fondant sur les renseignements qu'il peut raisonnablement obtenir. Toutefois, conformément au seuil à atteindre pour que prenne naissance l'obligation de donner l'avis, que j'ai décrit précédemment, le responsable de l'institution doit relever les documents qui, selon lui, sont clairement visés par l'une ou l'autre des exceptions prévues au par. 20(1), et, une fois cette tâche accomplie, décider, en application de l'art. 25, quels renseignements il doit divulguer parce qu'ils constituent des parties du document soustrait à la communication qui peuvent être prélevées sans poser de problèmes sérieux.

[241] Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel fédérale relativement à l'art. 25.

IV. Dispositif

[242] Je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens.

Version française des motifs des juges Deschamps, Abella et Rothstein rendus par

[243] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Cromwell. Je souscris à sa façon d'aborder la question du préavis. Le responsable de l'institution doit analyser tous les documents pertinents dont il dispose et il ne peut divulguer de renseignements sans donner de préavis que s'il n'y a manifestement aucune raison de croire que le document visé est susceptible de contenir des renseignements soustraits à la divulgation. Par ailleurs, en ce qui concerne la question de la norme de preuve, je suis d'accord avec mon collègue que la Cour d'appel a commis une erreur en imposant une norme de preuve plus exigeante que celle de la prépondérance des probabilités.

[244] Toutefois, selon moi, les jugements de la Cour fédérale (2006 CF 1200, 301 F.T.R. 241, et

2006 FC 1201 (CanLII)) do not contain a palpable and overriding error that would justify this Court's intervention. I would restore the findings of the Federal Court, subject to any agreements the parties may have concluded since its judgments were rendered.

A. Appellate Review

[245] Although my colleague indicates at para. 54 that appellate review is governed by *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, his subsequent analysis does not, in my opinion, comport with the principles established in that case. My colleague agrees with the approach of the Federal Court of Appeal, which found that the reviewing judge had not explained in sufficient detail how he came to his conclusions (2009 FCA 166, 400 N.R. 1). Cromwell J. endorses that court's conclusions despite finding that it both applied the wrong standard of proof and inappropriately characterized the definition of "trade secrets" as a restrictive one.

[246] Turning to the Federal Court's judgments, my colleague faults the reviewing judge for failing "either to state the applicable legal principles or to explain how the legal principles applied to the facts before him or, in some cases, both" (para. 55). I cannot accept the requirements my colleague's approach imposes on trial judges or the message it sends to the legal community. The rule from *Housen* is that an appellate court must defer to a trial judge's findings on questions of fact as well as on questions of mixed fact and law. The standard to be applied on such questions is that of a "palpable and overriding error". Deferring to trial judges' findings where it is appropriate to do so ensures that judicial resources are used efficiently, enhances access to justice and is consistent with the institutional role of the appellate court.

2006 CF 1201 (CanLII)) ne contiennent aucune erreur manifeste et dominante qui justifierait l'intervention de la Cour. Je suis d'avis de rétablir les conclusions de la Cour fédérale, sous réserve de toute entente que les parties peuvent avoir conclue depuis que les jugements ont été rendus.

A. Révision en appel

[245] Bien que mon collègue mentionne au par. 54 que la révision en appel est régie par *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, son analyse ultérieure ne respecte pas, selon moi, les principes établis dans cet arrêt. Mon collègue souscrit à la démarche adoptée par la Cour d'appel fédérale, qui a conclu que le juge siégeant en révision n'a pas expliqué de manière suffisamment détaillée comment il était arrivé à ses conclusions (2009 CAF 166 (CanLII)). Le juge Cromwell est d'accord avec les conclusions de la Cour d'appel fédérale bien qu'il ait conclu qu'elle a à la fois appliqué la mauvaise norme de preuve et considéré à tort que la définition de « secrets industriels » est de nature restrictive.

[246] En ce qui concerne les jugements de la Cour fédérale, mon collègue reproche au juge siégeant en révision d'avoir omis « soit d'énoncer les principes juridiques applicables, soit d'expliquer comment les principes juridiques s'appliquaient aux faits de l'espèce », ajoutant que « dans certains cas, il n'a fait ni l'un ni l'autre » (par. 55). Je m'oppose aux exigences que la démarche de mon collègue impose aux juges de première instance et au message qu'elle transmet à la communauté juridique. Selon *Housen*, les cours d'appel doivent faire preuve de respect envers les conclusions tirées par les juges de première instance tant à l'égard des questions de fait que des questions mixtes de fait et de droit. La norme qu'il convient d'appliquer à ces questions est celle de l'« erreur manifeste et dominante ». Faire preuve de respect envers les conclusions des juges de première instance, lorsqu'il y a lieu, permet une utilisation efficace des ressources judiciaires, facilite l'accès à la justice et correspond au rôle institutionnel des cours d'appel.

[247] It must be noted that although the Federal Court is being asked to review an administrative decision, one made by Health Canada in this case, the process is atypical in the sense that it differs from the one that applies to the review of most administrative decisions. The latter process — and the question of which standards ought to govern it — has occupied the forefront of administrative law in the past decade. In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, this Court sought to bring clarity to this issue in the context of the first level of review. In the "classic" process, appellate review consists in verifying whether the court at the first level of review has correctly applied the standard in reviewing the administrative decision. What this means in practice is that in "step[ping] into the shoes" of the lower court, an appellate court's focus is, in effect, on the *administrative* decision (*Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610, at para. 14; *Zenner v. Prince Edward Island College of Optometrists*, 2005 SCC 77, [2005] 3 S.C.R. 645, at para. 30).

[248] There are exceptions to this classic process. Under s. 44 of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 ("*ATIA*"), the appeal court's focus is on the reviewing judge's findings, and the rule from *Housen* applies to *that court's* decision (*Canadian Imperial Bank of Commerce v. Canada (Chief Commissioner, Human Rights Commission)*, 2007 FCA 272, [2008] 2 F.C.R. 509, at paras. 8, 9 and 72; *Rubin v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FCA 37, 300 N.R. 179, at paras. 4-5; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Minister of National Health)*, 2002 FCA 35 (CanLII); *SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Co-operation)*, 2007 FCA 397, 77 Admin. L.R. (4th) 1, at paras. 2, 3 and 7).

[249] The peculiarities of the review process provided for in s. 44 *ATIA* explain this distinctiveness. The scheme of the *ATIA* reveals that Parliament intended to set up an independent review process — a function which is not fulfilled by the

[247] Il convient de souligner que même si la Cour fédérale est appelée à réviser une décision administrative, celle prise par Santé Canada en l'espèce, le processus est atypique en ce sens qu'il diffère de la démarche à suivre pour réviser la plupart des décisions administratives. Cette dernière démarche — de même que la question de savoir quelles normes devraient la régir — a été au tout premier rang du droit administratif au cours de la dernière décennie. Dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour a cherché à clarifier la question dans le contexte de la révision de premier niveau. Suivant la démarche « classique », la révision en appel consiste à vérifier si le tribunal de révision de premier niveau a correctement appliqué la norme en examinant la décision administrative. Cela signifie en pratique qu'en se « met[tant] à la place » du tribunal d'instance inférieure la cour d'appel se concentre effectivement sur la décision *administrative* (*Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610, par. 14; *Zenner c. Prince Edward Island College of Optometrists*, 2005 CSC 77, [2005] 3 R.C.S. 645, par. 30).

[248] Il existe des exceptions à cette démarche classique. La révision que fait une cour d'appel dans le cadre de l'art. 44 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« *LAI* »), est axée sur les conclusions du juge siégeant en révision, et la règle de *Housen* s'applique à la décision de *cette cour-là* (*Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Canada (Commissaire en chef, Commission canadienne des droits de la personne)*, 2007 CAF 272, [2008] 2 R.C.F. 509, par. 8, 9 et 72; *Rubin c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CAF 37 (CanLII), par. 4-5; *Merck Frosst Canada Ltée. c. Canada (Ministre de la Santé nationale)*, 2002 CAF 35 (CanLII); *SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)*, 2007 CAF 397 (CanLII), par. 2, 3 et 7).

[249] Les caractéristiques du processus de révision de l'art. 44 de la *LAI* expliquent cette particularité. Il ressort du régime prévu par la *LAI* que l'intention du législateur était d'établir un processus de révision indépendant — une fonction qui

head of the institution (*3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421, at para. 36). Furthermore, the federal Information Commissioner, unlike his or her Ontario and Quebec counterparts (*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31; *Act respecting access to documents held by public bodies and the Protection of personal information*, R.S.Q., c. A-2.1), has no adjudicatory powers and can only make recommendations. The role of the head of the federal institution is as much that of a party as that of a decision maker. The institution's opinion on the obligation to disclose or refuse to disclose is no more authoritative than that of other interested parties (*Canadian Imperial Bank of Commerce*, at para. 63).

[250] The Federal Court judge is thus the first impartial gatekeeper a party seeking disclosure (ss. 41 or 42 *ATIA*) or objecting to it (s. 44 *ATIA*) can turn to. By the time the matter reaches that court, the content of the file will often have evolved (*Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245 (F.C.T.D.)). The Federal Court reviews the evidence, which can be extensive. New evidence may be filed and cross-examinations may be conducted, as in the case at bar (ss. 45 and 46 *ATIA*; *Air Atonabee*, at pp. 264-66). The Federal Court may hear new arguments if necessary. The judge makes his or her own findings and draws inferences on the basis of the information in the court's record at that time. The judge may order any remedies he or she considers appropriate (ss. 50 and 51 *ATIA*).

[251] In sum, the judge does *not* conduct the kind of review that is usually conducted in an administrative law context. The Federal Court's task, in essence, is to start afresh and assess the issue *de novo*. This is akin to the role of a trial court. For this reason, the appellate court's role is to review the reviewing judge's decision, not that of the Commissioner or the head of the institution. The appellate court's role may be different in instances in which the decision of the head of the institution

n'est pas exercée par le responsable de l'institution (*3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421, par. 36). De plus, le commissaire fédéral à l'information n'a aucun pouvoir décisionnel et il ne peut faire que des recommandations, ce qui le distingue de ses homologues ontariens et québécois (*Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31; *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., ch. A-2.1). Le responsable de l'institution fédérale agit autant à titre de partie que de décideur. L'opinion de l'institution sur l'obligation de refuser ou de permettre la divulgation n'a pas plus de poids que celle d'autres parties intéressées (*Banque Canadienne Impériale de Commerce*, par. 63).

[250] Le juge de la Cour fédérale est donc le premier décideur impartial à qui une partie qui sollicite la divulgation (art. 41 ou 42 de la *LAI*) ou une partie qui s'y oppose (art. 44 de la *LAI*) peut s'adresser. Il arrive souvent qu'au moment où cette cour est saisie de l'affaire le dossier aura évolué (*Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. nº 453 (QL) (1re inst.)). La Cour fédérale examine la preuve, qui peut être abondante. De nouveaux éléments de preuve peuvent être déposés et des contre-interrogatoires peuvent avoir lieu, comme cela s'est produit en l'espèce (art. 45 et 46 de la *LAI*; *Air Atonabee*, par. 27-31). La Cour fédérale peut entendre de nouveaux arguments au besoin. Le juge prononce ses propres conclusions et fait ses propres inférences sur la base du dossier tel qu'il existe à ce moment-là. Il peut ordonner les réparations qu'il estime indiquées (art. 50 et 51 de la *LAI*).

[251] En résumé, le juge *ne* fait *pas* le genre d'examen que l'on voit habituellement dans un contexte de droit administratif. La Cour fédérale reprend essentiellement l'affaire depuis le début pour faire un nouvel examen de la question en litige, ce qui s'apparente à ce que fait une cour de première instance. Pour cette raison, la révision que fait la cour d'appel porte sur la décision du juge siégeant en révision plutôt que sur celle du commissaire à l'information ou du responsable de l'institution. Dans

is discretionary by law, but such instances are irrelevant to the case at bar.

B. Did the Federal Court Make a Palpable and Overriding Error in This Case?

[252] In *Housen*, at para. 1, Iacobucci and Major JJ. described the "palpable and overriding error" standard as follows:

> A proposition that should be unnecessary to state is that a court of appeal should not interfere with a trial judge's reasons unless there is a palpable and overriding error. The same proposition is sometimes stated as prohibiting an appellate court from reviewing a trial judge's decision if there was some evidence upon which he or she could have relied to reach that conclusion. [Emphasis added.]

[253] They aptly explained at para. 3 what this means for an appellate court by quoting from *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), at p. 204:

> The appellate court must not retry a case and must not substitute its views for the views of the trial judge according to what the appellate court thinks the evidence establishes on its view of the balance of probabilities.

And, as they soundly observed at para. 4: "While the theory [just described] has acceptance, consistency in its application is missing."

[254] In the case at bar, Beaudry J.'s findings on the exemptions are fact-based or bear on questions of mixed fact and law, so deference is owed to them. There was "some evidence upon which he . . . could have relied" to reach his conclusions. No palpable and overriding error can be found in his judgments. Consequently, the Federal Court of Appeal erred in retrying the case.

[255] Unlike the Federal Court of Appeal, Beaudry J. applied the correct standard, that of proof on a balance of probabilities. He mentioned it

les cas où la loi prévoit que la décision du responsable de l'institution est discrétionnaire, le rôle de la cour d'appel peut être différent, mais ces cas ne nous intéressent pas ici.

B. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur manifeste et dominante en l'espèce?

[252] Dans *Housen*, les juges Iacobucci et Major ont décrit comme suit l'« erreur manifeste et dominante », au par. 1 :

> Il va sans dire qu'une cour d'appel ne devrait modifier les conclusions d'un juge de première instance qu'en cas d'erreur manifeste et dominante. On reformule parfois cette proposition en disant qu'une cour d'appel ne peut réviser la décision du juge de première instance dans les cas où il existait des éléments de preuve qui pouvaient étayer cette décision. [Je souligne.]

[253] Ils ont bien expliqué, au par. 3, les conséquences que cela comporte pour les cours d'appel en citant *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), p. 204 :

> [TRADUCTION] La cour d'appel ne doit pas juger l'affaire de nouveau, ni substituer son opinion à celle du juge de première instance en fonction de ce qu'elle pense que la preuve démontre, selon son opinion de la prépondérance des probabilités.

Et c'est à juste titre qu'ils ont fait la remarque suivante, au par. 4 : « Quoique cette théorie soit généralement acceptée, elle n'est pas appliquée de manière systématique. »

[254] En l'espèce, les conclusions du juge Beaudry relativement aux exceptions reposent sur les faits ou portent sur des questions mixtes de fait et de droit, et il faut donc faire preuve de déférence à leur égard. Il existait « des éléments de preuve qui pouvaient étayer » ses conclusions. Par ailleurs, ses jugements ne comportent aucune erreur manifeste et dominante. Par conséquent, la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en jugeant de nouveau l'affaire.

[255] Contrairement à la Cour d'appel fédérale, le juge Beaudry a appliqué la bonne norme de preuve, à savoir la prépondérance des probabilités. Il en a fait

once in each of his sets of reasons. He did not need to refer to it each time he considered a different argument. It is clear that he was mindful of all the submissions made by the parties, including Health Canada's arguments that Merck Frosst Canada Ltd.'s representations were insufficiently specific and that Merck had not discharged its burden of showing that disclosure should be refused. Though his reasons could have been more explicit, a judge is not required to explain every conclusion in detail for reasons to be considered sufficient. Moreover, he referred in his judgments to the evidence and to tables filed by the parties. The tables summarized the parties' evidence for each page or group of pages. Beaudry J. even appended the tables to his judgments. For each exemption category, he reached a decision that he supported by referring to the tables. It is clear from other tables the parties filed jointly with this Court (Joint Record of Pages in Issue) in which the pages at issue are indicated that he did not mechanically endorse the position of either Merck or Health Canada. While one may disagree with the result, Beaudry J.'s conclusions can easily be explained by referring both to his reasons and to the parties' submissions.

mention une fois dans chaque exposé de ses motifs. Il n'avait pas à mentionner cette norme chaque fois qu'il examinait un argument. Il a clairement tenu compte de l'ensemble des arguments des parties, y compris ceux de Santé Canada, qui a avancé que les observations de Merck Frosst Canada Ltée n'étaient pas assez précises et que cette dernière ne s'était pas acquittée de son fardeau de démontrer que la divulgation devrait être refusée. Ses motifs auraient certes pu être plus explicites. Cela dit, il n'est pas nécessaire que les motifs d'un juge expliquent en détail chaque conclusion pour être suffisants. De plus, il a fait référence, dans ses jugements, à la preuve et aux tableaux produits par les parties. Les tableaux résumaient la preuve des parties relativement à chaque page ou groupe de pages. Le juge Beaudry a même joint les tableaux à ses jugements. Pour chaque catégorie d'exception, il a rendu une décision qu'il a étayée en faisant référence aux tableaux. Il ressort clairement des autres tableaux que les parties ont déposés conjointement devant la Cour (dossier conjoint sur les pages en litige) et dans lesquels les pages en litige sont mentionnées qu'il n'a pas adopté inconditionnellement le point de vue de Merck ou celui de Santé Canada. Quelqu'un peut être en désaccord avec le résultat, mais il n'en demeure pas moins qu'on peut facilement expliquer les conclusions du juge Beaudry en faisant référence tant à ses motifs qu'aux observations des parties.

[256] There is, at first glance, a difficulty related to the evidence: prior to the hearing before Beaudry J., Health Canada responded to Merck's last affidavit by redacting additional information, but Merck chose to proceed without responding to these redactions. Merck took the position that the information in the court's record was sufficient and that it was not obliged to respond further. Its stance opens the door to the argument that the evidence it adduced did not respond to changes to the court's record.

[256] À première vue, une difficulté liée à la preuve est le fait que, avant de comparaître devant le juge Beaudry, Santé Canada a caviardé des passages additionnels en réponse au dernier affidavit de Merck, mais que celle-ci a choisi d'aller de l'avant sans répondre à ces caviardages. Merck a avancé que les renseignements contenus dans le dossier de la cour étaient suffisants et qu'elle n'était pas tenue d'y répondre davantage. Sa position ouvre la porte à l'argument que la preuve qu'elle a produite ne répondait pas au dossier de la cour tel qu'il avait évolué.

[257] My colleague accepts Health Canada's submissions and enters into the fray, arguing that one page or another illustrates the vacuity of Merck's position and that Beaudry J. erred in this regard.

[257] Mon collègue accepte les observations de Santé Canada et s'immisce dans le débat, faisant valoir que telle ou telle page fait ressortir la vacuité de la position de Merck et que le juge Beaudry

Health Canada points to one page (p. 470 of the pages in issue in the New Drug Submission file) from which all confidential information was redacted, but that nevertheless found its way onto the list of hundreds of documents which Beaudry J. found to be exempt. In my view, this minor error does not justify this Court's intervention, especially since it was rectified before we heard the case. The page in question is not at issue. With respect to other documents, still at issue, that were redacted to either a limited or a significant extent but were found to be exempt, the extent of the redaction should not be determinative in and of itself. Where information is highly technical — as is the case here — it may mean little to a non-expert but be of significance to a competitor who can "connect the dots" (in the words of Harrington J. in the first review conducted in this case (2004 FC 959, [2005] 1 F.C.R. 587)). Information that is superficially benign because its significance is lost on the person conducting the review can cause harm if disclosed. My colleague's review lacks the insight the reviewing judge gained in the four days the latter spent hearing the case.

[258] Beaudry J. heard all the parties' arguments. More importantly, the same arguments that Merck's representations were insufficiently specific and that its evidence did not respond to changes to the court's record were presented to him. They did not carry the day. Health Canada's statement that all confidential information had been redacted is just an argument. It is not proof that all such information has in fact been redacted. Indeed, at the beginning of the proceedings, Health Canada took the position that none of the information was confidential. The number of documents that either were subsequently found to be exempt in their entirety or were redacted extensively is a clear indication that Health Canada's word cannot be taken as proof. Health Canada does not make a convincing case

s'est trompé à cet égard. Santé Canada a fait référence à une page (p. 470 des pages en litige dans le dossier de la présentation de drogue nouvelle) de laquelle tous les renseignements confidentiels avaient été retranchés, mais qui néanmoins s'était trouvée dans la liste des centaines de documents que le juge Beaudry avait soustraits à la communication. À mon avis, cette erreur mineure ne justifie pas l'intervention de notre Cour, surtout étant donné qu'elle a été rectifiée avant que nous entendions l'affaire. La page en question n'est pas en litige. En ce qui concerne les autres documents, toujours en litige, qui ont été caviardés en partie seulement ou de manière significative, mais ont été jugés soustraits à la communication, l'étendue des passages qui en ont été retranchés ne devrait pas en soi être déterminante. Dans les cas où ils sont de nature très technique — comme c'est le cas en l'espèce —, les renseignements en cause peuvent ne pas paraître significatifs aux yeux du profane, mais avoir une valeur certaine pour le concurrent qui peut « relier les points » (expression utilisée par le juge Harrington dans le cadre du premier contrôle judiciaire (2004 CF 959, [2005] 1 R.C.F. 587)). La divulgation de renseignements dont la nature paraît banale parce que leur importance a échappé à la personne examinant le dossier peut causer un préjudice. Mon collègue procède à un examen du dossier sans bénéficier de la perspective dont jouissait le juge siégeant en révision au terme de quatre jours d'audition.

[258] Le juge Beaudry a entendu tous les arguments des parties. Mais surtout, les mêmes arguments selon lesquels les observations de Merck n'étaient pas suffisamment détaillées et que la preuve de cette dernière ne répondait pas au dossier de la cour tel qu'il avait évolué lui ont été présentés. Ces arguments ne se sont pas avérés déterminants. La déclaration de Santé Canada que tous les renseignements confidentiels avaient été retranchés n'est qu'un simple argument. Elle n'établit pas que tous les renseignements de cette nature l'ont effectivement été. De fait, au début des procédures, Santé Canada a avancé qu'aucun renseignement n'était confidentiel. Le nombre de documents qui ont par la suite été entièrement soustraits à la communication ou caviardés de façon significative indique

that Beaudry J. erred on this point, and I do not think we can dismiss his judgments.

[259] The size of the record, the time allotted to the parties to argue their cases in this Court, and the Court's institutional role are all factors that militate against reviewing the facts in such minute detail. The deferential approach dictated by *Housen* is more consistent with this Court's role. Furthermore, I am not convinced that this Court ought to be conducting the kind of technical review which is required in order to determine whether information qualifies for an exemption from disclosure.

[260] Health Canada and Merck fought tooth and nail for over five years before being heard by Beaudry J. Access to information may be becoming the favourite battleground of innovative and generic drug manufacturers. The quantity of resources, both public and private, expended as a consequence of the war between the parties in the case at bar is appalling. This may be a sign of a more wide-scale problem. If so, the message this Court sends will be particularly important. The message should be that Health Canada and third party applicants in cases such as this must take a responsible approach to disclosure and do the best they can earlier in the process. The redaction of documents could sometimes be simplified by establishing categories rather than reviewing every word. It is clear that the word-by-word approach is not working in cases such as the one at bar. A purposeful review of the file is more apposite.

[261] If, once the parties have reviewed the file and — if possible — established categories, they do not agree, they may take the matter to a

clairement que les arguments de Santé Canada ne peuvent être considérés comme faisant preuve de leur contenu. Santé Canada n'a pas présenté d'arguments convaincants établissant que le juge Beaudry a commis une erreur à cet égard, et je ne pense pas que nous puissions mettre en doute le bien-fondé de ses jugements.

[259] L'ampleur du dossier, le temps alloué aux parties pour présenter leurs arguments devant notre Cour ainsi que le rôle institutionnel de celle-ci sont tous des facteurs qui indiquent qu'il n'y a pas lieu de décortiquer les faits. La démarche empreinte de déférence qu'impose *Housen* correspond davantage au mandat de la Cour. En outre, je ne suis pas convaincue qu'il incombe à notre Cour de procéder à l'examen technique nécessaire pour déterminer si tel ou tel renseignement est visé ou non par une quelconque exception à la règle de la divulgation.

[260] Santé Canada et Merck se sont livrés à une bataille de tous les instants durant plus de cinq années avant d'être entendus par le juge Beaudry. L'accès à l'information semble devenir le théâtre où s'affrontent les sociétés pharmaceutiques innovatrices et celles qui produisent des médicaments génériques. La quantité de ressources, tant publiques que privées, que les parties en l'espèce ont gaspillées à se livrer cette guerre est déplorable. Cela est peut-être le symptôme d'un problème beaucoup plus grave, et, si c'est le cas, le message que notre Cour doit envoyer revêt une grande importance. Ce message doit être que dans les affaires comme celle en l'espèce il incombe à Santé Canada et aux tiers d'adopter une démarche responsable en matière de divulgation de renseignements et de faire de leur mieux plus tôt dans le processus. Il est parfois possible de simplifier le caviardage des documents par l'établissement de catégories; cette méthode remplacerait l'examen de chaque mot. Il est clair que la démarche axée sur l'étude de chaque mot ne convient pas aux affaires comme celle en l'espèce. Un examen du dossier ayant à l'esprit l'objet des exceptions est plus pertinent.

[261] Une fois qu'elles ont examiné le dossier et, si possible, établi des catégories, les parties peuvent soumettre l'affaire à un juge siégeant en révision si

reviewing judge. An appellate court owes deference to the product of that judge's review. The reviewing judge should not be required to provide a word-by-word, line-by-line or even page-by-page explanation for his or her decision. If appropriate, the judge can address the case on the basis of categories, provided that the judgment makes it clear which documents or categories of documents are exempt. Unless there is a palpable and overriding error, the Federal Court of Appeal, and this Court, should refrain from embarking on a review of the facts.

[262] My concerns with having an appellate court reassess the evidence and with requiring detailed reasons are not limited to the message this sends to parties and the stringent requirements it imposes on reviewing judges when they draft their reasons. In my view, reviewing the evidence at the appeal level imports a high risk of error in a case such as this. The facts are typically reviewed in the first instance after the parties have argued on the record, and the reviewing judge will often have asked questions about specific documents. This is not, and should not be, done in this Court.

[263] I will provide one example which illustrates the risk the Court runs in conducting a review in a case like this one. My colleague takes note of Merck's argument that the manner in which the articles and studies are presented in the Comprehensive Summary and the fact that it relied on them at a particular stage of the development of the product would be of value to competitors. He endorses, as I do, the ratio of *Janssen-Ortho Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FCA 252, 367 N.R. 134, which supports that argument. However, my colleague dismisses Merck's position on the basis that Merck has agreed to the release of some of the articles and studies. Acquiescence in the publication of certain articles and studies differs from acquiescence in the publication of the Comprehensive Summary, as the latter shows how Merck relied on the articles and studies. This

elles ne parviennent pas à s'entendre. La cour d'appel doit faire preuve de déférence à l'égard de la décision que rend le juge à l'issue de son examen. Ce dernier ne doit pas être tenu de justifier sa décision en faisant référence à chaque mot, chaque ligne, voire chaque page en litige. Il peut traiter de l'affaire selon l'approche catégorielle, s'il y a lieu, pourvu que son jugement indique clairement dans chaque cas quel document ou quelle catégorie de documents font l'objet d'une exception. À moins d'une erreur manifeste et dominante, la Cour d'appel fédérale et notre Cour doivent s'abstenir de s'immiscer dans l'examen des faits.

[262] Mes préoccupations à l'égard d'un réexamen de la preuve par les cours d'appel et de l'exigence de motifs détaillés dépassent à la fois les réserves que j'ai exprimées quant au message que cela envoie aux parties et les exigences rigoureuses que cela impose aux juges siégeant en révision dans la rédaction de leurs motifs. À mon avis, l'examen de la preuve en appel comporte un important risque d'erreur dans une affaire comme celle qui nous occupe. L'examen des faits survient habituellement en première instance après que les parties ont présenté leurs arguments à la lumière du dossier, et il arrive souvent que le juge siégeant en révision pose des questions sur des documents particuliers. Il ne revient pas à notre Cour de faire un tel examen.

[263] Je fournirai un exemple qui illustre bien le risque qu'il y a à examiner un dossier comme celui sur lequel nous nous penchons en l'espèce. Mon collègue note l'argument de Merck que la façon dont les articles et les études sont présentés dans le sommaire général et le fait qu'elle se soit fondée sur eux à une étape particulière de l'élaboration du produit constituent des renseignements qui ont une valeur pour ses concurrents. Il reconnaît, tout comme moi, le bien-fondé de la décision *Janssen-Ortho Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 252, [2007] A.C.F. nº 927 (QL), qui étaye cet argument. Cependant, mon collègue rejette la position de Merck au motif que celle-ci a accepté de fournir des copies de certains des articles et des études. Accepter la publication de certains articles et études n'est pas la même chose qu'accepter la publication du sommaire général, car ce dernier montre de

is what *Janssen-Ortho* protects. Unless the Court can show precisely where Merck consented to the disclosure of the excerpts from the Comprehensive Summary referring to the articles and studies, I do not think it is open to us to infer that it did.

[264] Having reviewed Beaudry J.'s judgments, the record and the parties' arguments, I am of the view that there was clearly "some evidence upon which he . . . could have relied to reach [his] conclusion". To find otherwise would be to fail to show proper deference.

[265] For these reasons, I would allow the appeals, with costs in the Court of Appeal and in this Court, and would restore the judgments of the Federal Court, subject to any agreements entered into by the parties since those judgments were rendered.

## APPENDIX

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

As in force at the time of the applications for judicial review:

**2.** (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

(2) This Act is intended to complement and not replace existing procedures for access to government information and is not intended to limit in any way access to the type of government information that is normally available to the general public.

**3.** In this Act,

. . .

"head", in respect of a government institution, means

quelle façon Merck s'est fondée sur les articles et études en question. Voilà ce que protège *Janssen-Ortho*, et, à moins que la Cour ne soit en mesure d'indiquer précisément où Merck a consenti à la divulgation des extraits du sommaire général faisant référence aux articles et aux études, je ne pense pas que nous puissions inférer qu'elle l'a fait.

[264] Ayant examiné les jugements du juge Beaudry, le dossier, ainsi que les arguments des parties, je suis d'avis qu'il existait clairement « des éléments de preuve qui pouvaient étayer [sa] décision ». Conclure autrement démontre qu'une démarche empreinte de déférence n'a pas été adoptée.

[265] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens en Cour d'appel et en cette Cour et de rétablir les jugements de la Cour fédérale, sous réserve de toute entente que les parties peuvent avoir conclue depuis qu'ils ont été rendus.

## ANNEXE

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

Telle qu'en vigueur au moment où les demandes de contrôle judiciaire ont été présentées :

**2.** (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

(2) La présente loi vise à compléter les modalités d'accès aux documents de l'administration fédérale; elle ne vise pas à restreindre l'accès aux renseignements que les institutions fédérales mettent normalement à la disposition du grand public.

**3.** Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« document » Tous éléments d'information, quels que soient leur forme et leur support, notamment

(*a*) in the case of a department or ministry of state, the member of the Queen's Privy Council for Canada presiding over that institution, or

(*b*) in any other case, the person designated by order in council pursuant to this paragraph and for the purposes of this Act to be the head of that institution;

. . .

"record" includes any correspondence, memorandum, book, plan, map, drawing, diagram, pictorial or graphic work, photograph, film, microform, sound recording, videotape, machine readable record, and any other documentary material, regardless of physical form or characteristics, and any copy thereof;

"third party", in respect of a request for access to a record under this Act, means any person, group of persons or organization other than the person that made the request or a government institution.

As in force at the NDS application:

**4.** (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(*a*) a Canadian citizen, or

(*b*) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

(2) The Governor in Council may, by order, extend the right to be given access to records under subsection (1) to include persons not referred to in that subsection and may set such conditions as the Governor in Council deems appropriate.

(3) For the purposes of this Act, any record requested under this Act that does not exist but can, subject to such limitations as may be prescribed by regulation, be produced from a machine readable record under the control of a government institution using computer hardware and software and technical expertise normally

correspondance, note, livre, plan, carte, dessin, diagramme, illustration ou graphique, photographie, film, microformule, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, ou toute reproduction de ces éléments d'information.

. . .

« responsable d'institution fédérale »

*a*) Le membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada sous l'autorité de qui est placé un ministère ou un département d'État;

*b*) la personne désignée par décret, conformément au présent alinéa, en qualité de responsable, pour l'application de la présente loi, d'une institution fédérale autre que celles mentionnées à l'alinéa *a*).

« tiers » Dans le cas d'une demande de communication de document, personne, groupement ou organisation autres que l'auteur de la demande ou qu'une institution fédérale.

Telle qu'en vigueur au moment où la demande relative à la PDN a été présentée :

**4.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande :

*a*) les citoyens canadiens;

*b*) les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration*.

(2) Le gouverneur en conseil peut, par décret, étendre, conditionnellement ou non, le droit d'accès visé au paragraphe (1) à des personnes autres que celles qui y sont mentionnées.

(3) Pour l'application de la présente loi, les documents qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale sont eux-mêmes considérés comme relevant de celle-ci, même s'ils n'existent pas en tant que tels au moment où ils font l'objet d'une demande de communication. La

used by the government institution shall be deemed to be a record under the control of the government institution.

As in force for the SNDS:

**4.** (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(*a*) a Canadian citizen, or

(*b*) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

(2) The Governor in Council may, by order, extend the right to be given access to records under subsection (1) to include persons not referred to in that subsection and may set such conditions as the Governor in Council deems appropriate.

(3) For the purposes of this Act, any record requested under this Act that does not exist but can, subject to such limitations as may be prescribed by regulation, be produced from a machine readable record under the control of a government institution using computer hardware and software and technical expertise normally used by the government institution shall be deemed to be a record under the control of the government institution.

**20.** (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

(*a*) trade secrets of a third party;

(*b*) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;

présente disposition ne vaut que sous réserve des restrictions réglementaires éventuellement applicables à la possibilité de préparer les documents et que si l'institution a normalement à sa disposition le matériel, le logiciel et les compétences techniques nécessaires à la préparation.

Telle qu'en vigueur au moment où la demande relative à la PSDN a été présentée :

**4.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande :

*a*) les citoyens canadiens;

*b*) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

(2) Le gouverneur en conseil peut, par décret, étendre, conditionnellement ou non, le droit d'accès visé au paragraphe (1) à des personnes autres que celles qui y sont mentionnées.

(3) Pour l'application de la présente loi, les documents qu'il est possible de préparer à partir d'un document informatisé relevant d'une institution fédérale sont eux-mêmes considérés comme relevant de celle-ci, même s'ils n'existent pas en tant que tels au moment où ils font l'objet d'une demande de communication. La présente disposition ne vaut que sous réserve des restrictions réglementaires éventuellement applicables à la possibilité de préparer les documents et que si l'institution a normalement à sa disposition le matériel, le logiciel et les compétences techniques nécessaires à la préparation.

**20.** (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

*a*) des secrets industriels de tiers;

*b*) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

(*c*) information the disclosure of which 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; or

(*d*) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

. . .

(5) The head of a government institution may disclose any record that contains information described in subsection (1) with the consent of the third party to whom the information relates.

(6) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains information described in paragraph (1)(*b*), (*c*) or (*d*) if that disclosure would be in the public interest as it relates to public health, public safety or protection of the environment and, if the public interest in disclosure clearly outweighs in importance any financial loss or gain to, prejudice to the competitive position of or interference with contractual or other negotiations of a third party.

**24.** (1) The head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II.

(2) Such committee as may be designated or established under section 75 shall review every provision set out in Schedule II and shall, not later than July 1, 1986 or, if Parliament is not then sitting, on any of the first fifteen days next thereafter that Parliament is sitting, cause a report to be laid before Parliament on whether and to what extent the provisions are necessary.

**25.** Notwithstanding any other provision of this Act, where a request is made to a government institution for access to a record that the head of the institution is authorized to refuse to disclose under this Act by reason of information or other material contained in the record, the head of the institution shall disclose any part of the record that does not contain, and can reasonably be severed from any part that contains, any such information or material.

**27.** (1) Where the head of a government institution intends to disclose any record requested under this Act,

*c*) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;

*d*) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

. . .

(5) Le responsable d'une institution fédérale peut communiquer tout document contenant les renseignements visés au paragraphe (1) si le tiers que les renseignements concernent y consent.

(6) Le responsable d'une institution fédérale peut communiquer, en tout ou en partie, tout document contenant les renseignements visés aux alinéas (1)*b*), *c*) et *d*) pour des raisons d'intérêt public concernant la santé et la sécurité publiques ainsi que la protection de l'environnement; les raisons d'intérêt public doivent de plus justifier nettement les conséquences éventuelles de la communication pour un tiers : pertes ou profits financiers, atteintes à sa compétitivité ou entraves aux négociations qu'il mène en vue de contrats ou à d'autres fins.

**24.** (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II.

(2) Le comité prévu à l'article 75 examine toutes les dispositions figurant à l'annexe II et dépose devant le Parlement un rapport portant sur la nécessité de ces dispositions, ou sur la mesure dans laquelle elles doivent être conservées, au plus tard le 1er juillet 1986, ou, si le Parlement ne siège pas, dans les quinze premiers jours de séance ultérieurs.

**25.** Le responsable d'une institution fédérale, dans les cas où il pourrait, vu la nature des renseignements contenus dans le document demandé, s'autoriser de la présente loi pour refuser la communication du document, est cependant tenu, nonobstant les autres dispositions de la présente loi, d'en communiquer les parties dépourvues des renseignements en cause, à condition que le prélèvement de ces parties ne pose pas de problèmes sérieux.

**27.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner

or any part thereof, that contains or that the head of the institution has reason to believe might contain

(*a*) trade secrets of a third party,

(*b*) information described in paragraph 20(1)(*b*) that was supplied by a third party, or

(*c*) information the disclosure of which the head of the institution could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(*c*) or (*d*) in respect of a third party,

the head of the institution shall, subject to subsection (2), if the third party can reasonably be located, within thirty days after the request is received, give written notice to the third party of the request and of the fact that the head of the institution intends to disclose the record or part thereof.

(2) Any third party to whom a notice is required to be given under subsection (1) in respect of an intended disclosure may waive the requirement, and where the third party has consented to the disclosure the third party shall be deemed to have waived the requirement.

(3) A notice given under subsection (1) shall include

(*a*) a statement that the head of the government institution giving the notice intends to release a record or a part thereof that might contain material or information described in subsection (1);

(*b*) a description of the contents of the record or part thereof that, as the case may be, belong to, were supplied by or relate to the third party to whom the notice is given; and

(*c*) a statement that the third party may, within twenty days after the notice is given, make representations to the head of the government institution that has control of the record as to why the record or part thereof should not be disclosed.

(4) The head of a government institution may extend the time limit set out in subsection (1) in respect of a request under this Act where the time limit set out in section 7 is extended under paragraph 9(1)(*a*) or (*b*) in respect of the same request, but any extension under this subsection shall be for a period no longer than the period of the extension under section 9.

communication totale ou partielle d'un document est tenu de donner au tiers intéressé, dans les trente jours suivant la réception de la demande, avis écrit de celle-ci ainsi que de son intention, si le document contient ou s'il est, selon lui, susceptible de contenir :

*a*) soit des secrets industriels d'un tiers;

*b*) soit des renseignements visés à l'alinéa 20(1)*b*) qui ont été fournis par le tiers;

*c*) soit des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)*c*) ou *d*).

La présente disposition ne vaut que s'il est possible de rejoindre le tiers sans problèmes sérieux.

(2) Le tiers peut renoncer à l'avis prévu au paragraphe (1) et tout consentement à la communication du document vaut renonciation à l'avis.

(3) L'avis prévu au paragraphe (1) doit contenir les éléments suivants :

*a*) la mention de l'intention du responsable de l'institution fédérale de donner communication totale ou partielle du document susceptible de contenir les secrets ou les renseignements visés au paragraphe (1);

*b*) la désignation du contenu total ou partiel du document qui, selon le cas, appartient au tiers, a été fourni par lui ou le concerne;

*c*) la mention du droit du tiers de présenter au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document ses observations quant aux raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis.

(4) Le responsable d'une institution fédérale peut proroger le délai visé au paragraphe (1) dans les cas où le délai de communication à la personne qui a fait la demande est prorogé en vertu des alinéas 9(1)*a*) ou *b*), mais le délai ne peut dépasser celui qui a été prévu pour la demande en question.

**28.** (1) Where a notice is given by the head of a government institution under subsection 27(1) to a third party in respect of a record or a part thereof,

(*a*) the third party shall, within twenty days after the notice is given, be given the opportunity to make representations to the head of the institution as to why the record or the part thereof should not be disclosed; and

(*b*) the head of the institution shall, within thirty days after the notice is given, if the third party has been given an opportunity to make representations under paragraph (*a*), make a decision as to whether or not to disclose the record or the part thereof and give written notice of the decision to the third party.

(2) Representations made by a third party under paragraph (1)(*a*) shall be made in writing unless the head of the government institution concerned waives that requirement, in which case they may be made orally.

(3) A notice given under paragraph (1)(*b*) of a decision to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall include

(*a*) a statement that the third party to whom the notice is given is entitled to request a review of the decision under section 44 within twenty days after the notice is given; and

(*b*) a statement that the person who requested access to the record will be given access thereto or to the part thereof unless, within twenty days after the notice is given, a review of the decision is requested under section 44.

(4) Where, pursuant to paragraph (1)(*b*), the head of a government institution decides to disclose a record requested under this Act or a part thereof, the head of the institution shall give the person who made the request access to the record or the part thereof forthwith on completion of twenty days after a notice is given under that paragraph, unless a review of the decision is requested under section 44.

**44.** (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(1)(*b*) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

(2) The head of a government institution who has given notice under paragraph 28(1)(*b*) or subsection 29(1) that a record requested under this Act or a part thereof will be disclosed shall forthwith on being given

**28.** (1) Dans les cas où il a donné avis au tiers conformément au paragraphe 27(1), le responsable d'une institution fédérale est tenu :

*a*) de donner au tiers la possibilité de lui présenter, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle du document;

*b*) de prendre dans les trente jours suivant la transmission de l'avis, pourvu qu'il ait donné au tiers la possibilité de présenter des observations conformément à l'alinéa *a*), une décision quant à la communication totale ou partielle du document et de donner avis de sa décision au tiers.

(2) Les observations prévues à l'alinéa (1)*a*) se font par écrit, sauf autorisation du responsable de l'institution fédérale quant à une présentation orale.

(3) L'avis d'une décision de donner communication totale ou partielle d'un document conformément à l'alinéa (1)*b*) doit contenir les éléments suivants :

*a*) la mention du droit du tiers d'exercer un recours en révision en vertu de l'article 44, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis;

*b*) la mention qu'à défaut de l'exercice du recours en révision dans ce délai, la personne qui a fait la demande recevra communication totale ou partielle du document.

(4) Dans les cas où il décide, en vertu de l'alinéa (1)*b*), de donner communication totale ou partielle du document à la personne qui en a fait la demande, le responsable de l'institution fédérale donne suite à sa décision dès l'expiration des vingt jours suivant la transmission de l'avis prévu à cet alinéa, sauf si un recours en révision a été exercé en vertu de l'article 44.

**44.** (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(1)*b*) ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

(2) Le responsable d'une institution fédérale qui a donné avis de communication totale ou partielle d'un document en vertu de l'alinéa 28(1)*b*) ou du paragraphe 29(1) est tenu, sur réception d'un avis de recours en

notice of an application made under subsection (1) in respect of the disclosure give written notice of the application to the person who requested access to the record.

(3) Any person who has been given notice of an application for a review under subsection (2) may appear as a party to the review.

**46.** Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Court may, in the course of any proceedings before the Court arising from an application under section 41, 42 or 44, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Court on any grounds.

**49.** Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in section 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

**51.** Where the Court determines, after considering an application under section 44, that the head of a government institution is required to refuse to disclose a record or part of a record, the Court shall order the head of the institution not to disclose the record or part thereof or shall make such other order as the Court deems appropriate.

**53.** (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

*Appeals dismissed with costs,* DESCHAMPS, ABELLA *and* ROTHSTEIN JJ. *dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

révision de cette décision, d'en aviser par écrit la personne qui avait demandé communication du document.

(3) La personne qui est avisée conformément au paragraphe (2) peut, sur autorisation de la Cour, comparaître comme partie à l'instance.

**46.** Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, la Cour a, pour les recours prévus aux articles 41, 42 et 44, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

**49.** La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 50, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

**51.** La Cour, dans les cas où elle conclut, lors d'un recours exercé en vertu de l'article 44, que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication totale ou partielle d'un document, lui ordonne de refuser cette communication; elle rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

**53.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal.

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet des recours visés aux articles 41 et 42 a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

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

*Procureurs de l'appelante : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

**IN THE MATTER OF the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11;**

**AND IN THE MATTER OF the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission's Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2009-329 and Broadcasting Order CRTC 2009-452;**

**AND IN THE MATTER OF an application by way of a reference to the Federal Court of Appeal pursuant to ss. 18.3(1) and 28(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7**

**Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, Canadian Media Production Association, Directors Guild of Canada and Writers Guild of Canada** *Appellants*

*v.*

**Bell Aliant Regional Communications, LP, Bell Canada, Cogeco Cable Inc., MTS Allstream Inc., Rogers Communications Inc., TELUS Communications Company, Videotron Ltd. and Shaw Communications Inc.** *Respondents*

and

**Canadian Radio-television and Telecommunications Commission** *Intervener*

**INDEXED AS: REFERENCE RE *BROADCASTING ACT***

**2012 SCC 4**

File No.: 33884.

2012: January 16; 2012: February 9.

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

**DANS L'AFFAIRE intéressant la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11;**

**ET DANS L'AFFAIRE DE la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2009-329 du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2009-452;**

**ET DANS L'AFFAIRE D'UNE demande introduite sous forme de renvoi à la Cour d'appel fédérale en vertu des par. 18.3(1) et 28(2) de la *Loi sur les cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7**

**Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, Association canadienne de production de média, Guilde canadienne des réalisateurs et Writers Guild of Canada** *Appelantes*

*c.*

**Bell Aliant Communications régionales, s.e.c., Bell Canada, Cogeco Câble inc., MTS Allstream Inc., Rogers Communications Inc., Société TELUS Communications, Vidéotron Ltée et Shaw Communications Inc.** *Intimées*

et

**Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF À LA *LOI SUR LA RADIODIFFUSION***

**2012 CSC 4**

N$^{o}$ du greffe : 33884.

2012 : 16 janvier; 2012 : 9 février.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Communications law — Broadcasting — Internet — Internet service providers providing end-users with access to broadcasting over Internet — Whether Internet service providers are broadcasters when they provide end-users with access to broadcasting through Internet — Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2, 3.*

The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission referred to the Federal Court of Appeal the question of whether retail Internet service providers ("ISPs") carry on, in whole or in part, "broadcasting undertakings" subject to the *Broadcasting Act* when, in their role as ISPs, they provide access through the Internet to "broadcasting" requested by end-users. The court held that they do not.

*Held*: The appeal should be dismissed.

The terms "broadcasting" and "broadcasting undertaking", interpreted in the context of the language and purposes of the *Broadcasting Act*, are not meant to capture entities which merely provide the mode of transmission. The *Broadcasting Act* makes it clear that "broadcasting undertakings" are assumed to have some measure of control over programming. The policy objectives listed under s. 3(1) of the Act focus on content. When providing access to the Internet, which is the only function of ISPs placed in issue by the reference question, they take no part in the selection, origination, or packaging of content. The term "broadcasting undertaking" does not contemplate an entity with no role to play in contributing to the Act's policy objectives. Accordingly, ISPs do not carry on "broadcasting undertakings" under the *Broadcasting Act* when they provide access through the Internet to "broadcasting" requested by end-users.

**Cases Cited**

**Referred to:** *Electric Despatch Co. of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 S.C.R. 83; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit des communications — Radiodiffusion — Internet — Fournisseurs de services Internet permettant aux utilisateurs finaux d'avoir accès à la radiodiffusion grâce à Internet — Ces fournisseurs sont-ils des radiodiffuseurs lorsqu'ils permettent ainsi cet accès? — Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2, 3.*

Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes a saisi la Cour d'appel fédérale d'un renvoi sur la question de savoir si les fournisseurs de services Internet (« FSI ») de détail exploitent, en tout ou en partie, des « entreprises de radiodiffusion » assujetties à la *Loi sur la radiodiffusion* lorsque, conformément à leur rôle comme FSI, ils fournissent l'accès par Internet à la « radiodiffusion » demandée par les utilisateurs finaux. La cour a statué que ce n'est pas le cas.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

Eu égard au contexte du libellé de la *Loi sur la radiodiffusion* et vu l'objet de celle-ci, les termes « radiodiffusion » et « entreprise de radiodiffusion » ne sont pas censés assujettir l'entité qui ne fournit que le moyen de transmission. Il appert clairement de la *Loi sur la radiodiffusion* que les « entreprises de radiodiffusion » peuvent jusqu'à un certain point décider du contenu de leurs émissions. Les objectifs énoncés au par. 3(1) de la Loi s'attachent au contenu. Lorsque le FSI fournit l'accès à Internet, ce qui constitue sa seule fonction visée par la question soumise dans le renvoi, il ne participe aucunement à la sélection et à la création de contenu et à sa mise à disposition sous forme de forfaits. Le terme « entreprise de radiodiffusion » ne vise pas l'entité qui ne joue aucun rôle dans la réalisation des objectifs de la politique énoncée dans la *Loi sur la radiodiffusion*. Les FSI n'exploitent donc pas d'« entreprises de radiodiffusion » assujetties à la *Loi sur la radiodiffusion* lorsqu'ils fournissent l'accès par Internet à la « radiodiffusion » demandée par les utilisateurs finaux.

**Jurisprudence**

**Arrêts mentionnés :** *Electric Despatch Co. of Toronto c. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 R.C.S. 83; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141.

**Statutes and Regulations Cited**

*Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, ss. 2(1) "broadcasting", (3), 3(1).
*Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, s. 2(1) "telecommunications common carrier".

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Nadon and Dawson JJ.A.), 2010 FCA 178, 322 D.L.R. (4th) 337, 404 N.R. 305, [2010] F.C.J. No. 849 (QL), 2010 CarswellNat 2092, in the matter of a reference brought by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission regarding the *Broadcasting Act*. Appeal dismissed.

*Thomas G. Heintzman*, *Q.C.*, and *Bram D. Abramson*, for the appellants.

*John B. Laskin*, *Yousuf Aftab* and *Nicole Mantini*, for the respondents Bell Aliant Regional Communications et al.

*Nicholas McHaffie* and *Dean Shaikh*, for the respondent Shaw Communications Inc.

No one appeared for the intervener.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — In a 1999 report, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC") concluded that the term "broadcasting" in s. 2(1) of the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, included programs transmitted to end-users over the Internet. At that time, the CRTC concluded that it was not necessary to regulate broadcasting undertakings that provided broadcasting services through the Internet. It exempted these "new media broadcasting undertakings" from the requirements of the *Broadcasting Act*. In 2008, after public hearings, the CRTC revisited this exemption. One of the issues raised was whether Internet service providers — ISPs — were subject to the *Broadcasting Act* when they provided end-users with access to broadcasting through the Internet. The CRTC opted to send this issue to the Federal Court of Appeal for determination on a

**Lois et règlements cités**

*Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 2(1) « radiodiffusion », (3), 3(1).
*Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, art. 2(1) « entreprise de télécommunication ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Nadon et Dawson), 2010 CAF 178, 322 D.L.R. (4th) 337, 404 N.R. 305, [2010] A.C.F. nº 849 (QL), 2010 CarswellNat 3295, dans l'affaire d'un renvoi par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes relativement à la *Loi sur la radiodiffusion*. Pourvoi rejeté.

*Thomas G. Heintzman*, *c.r.*, et *Bram D. Abramson*, pour les appelantes.

*John B. Laskin*, *Yousuf Aftab* et *Nicole Mantini*, pour les intimées Bell Aliant Communications régionales et autres.

*Nicholas McHaffie* et *Dean Shaikh*, pour l'intimée Shaw Communications Inc.

Personne n'a comparu pour l'intervenant.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Dans un rapport datant de 1999, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC ») concluait que le terme « radiodiffusion » employé au par. 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, englobait la transmission d'émissions à des utilisateurs finaux par Internet. Il jugeait inutile, à cette époque, de réglementer les entreprises de radiodiffusion qui fournissaient leurs services de radiodiffusion grâce à Internet. Il a donc soustrait ces « entreprises de radiodiffusion de nouveaux médias » à l'application des exigences de la *Loi sur la radiodiffusion*. En 2008, à l'issue d'audiences publiques, le CRTC s'est penché sur l'opportunité du maintien de cette exemption. L'une des questions examinées était celle de savoir si les fournisseurs de services Internet — les FSI — étaient assujettis à la *Loi sur la radiodiffusion* lorsqu'ils permettaient aux

reference (2010 FCA 178, 322 D.L.R. (4th) 337). The specific reference question was:

Do retail Internet service providers (ISPs) carry on, in whole or in part, "broadcasting undertakings" subject to the *Broadcasting Act* when, in their role as ISPs, they provide access through the Internet to "broadcasting" requested by end-users?

[2] ISPs provide routers and other infrastructure that enable their subscribers to access content and services made available on the Internet. This includes access to audio and audiovisual programs developed by content providers. Content providers depend on the ISPs' services for Internet delivery of their content to end-users. The ISPs, acting solely in that capacity, do not select or originate programming or package programming services. Noël J.A. held that ISPs, acting solely in that capacity, do not carry on "broadcasting undertakings".

[3] We agree with Noël J.A., for the reasons he gave, that the terms "broadcasting" and "broadcasting undertaking", interpreted in the context of the language and purposes of the *Broadcasting Act*, are not meant to capture entities which merely provide the mode of transmission.

[4] Section 2(1) of the *Broadcasting Act* defines "broadcasting" as "any transmission of programs . . . by radio waves or other means of telecommunication for reception by the public". The Act makes it clear that "broadcasting undertakings" are assumed to have some measure of control over programming. Section 2(3) states that the Act "shall be construed and applied in a manner that is consistent with the freedom of expression and journalistic, creative and programming independence enjoyed by broadcasting undertakings". Further, the policy objectives listed under s. 3(1) of the Act focus on content, such as the cultural enrichment of Canada, the promotion of Canadian content,

utilisateurs finaux d'avoir accès à la radiodiffusion au moyen d'Internet. Le CRTC a alors soumis la question à la Cour d'appel fédérale dans le cadre d'un renvoi (2010 CAF 178, 322 D.L.R. (4th) 337). La question précise à trancher était la suivante :

Les fournisseurs de services Internet (FSI) de détail exploitent-ils, en tout ou en partie, des « entreprises de radiodiffusion » assujetties à la *Loi sur la radiodiffusion* lorsque, conformément à leur rôle comme FSI, ils fournissent l'accès par Internet à la « radiodiffusion » demandée par les utilisateurs finaux?

[2] Les FSI mettent à la disposition de leurs abonnés routeurs et autres éléments d'infrastructure qui donnent accès au contenu et aux services offerts sur Internet, y compris de la programmation sonore et audiovisuelle provenant de fournisseurs de contenu, lesquels comptent sur les FSI pour la transmission de leur contenu par Internet aux utilisateurs finaux. Les FSI qui n'agissent qu'à ce titre ne sont pas à l'origine de la programmation ou des services y afférents, pas plus qu'ils ne les choisissent ou qu'ils ne les offrent sous forme de forfaits. Le juge Noël de la Cour d'appel fédérale statue que les FSI n'agissant qu'à ce titre n'exploitent pas d'« entreprises de radiodiffusion ».

[3] Pour les motifs qu'invoque le juge Noël, nous convenons avec lui, eu égard au contexte du libellé de la *Loi sur la radiodiffusion* et vu l'objet de celle-ci, que les termes « radiodiffusion » et « entreprise de radiodiffusion » ne sont pas censés assujettir l'entité qui ne fournit que le moyen de transmission.

[4] Suivant le par. 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, « radiodiffusion » s'entend de la « [t]ransmission, à l'aide d'ondes radioélectriques ou de tout autre moyen de télécommunication, d'émissions [. . .] destinées à être reçues par le public ». Il appert clairement de la Loi que les « entreprises de radiodiffusion » peuvent jusqu'à un certain point décider du contenu de leurs émissions. Le paragraphe 2(3) dispose que « [l]'interprétation et l'application de la [Loi] doivent se faire de manière compatible avec la liberté d'expression et l'indépendance, en matière de journalisme, de création et de programmation, dont jouissent les entreprises de radiodiffusion ». Aussi, les objectifs énoncés au

establishing a high standard for original programming, and ensuring that programming is diverse.

[5] An ISP does not engage with these policy objectives when it is merely providing the mode of transmission. ISPs provide Internet access to end-users. When providing access to the Internet, which is the only function of ISPs placed in issue by the reference question, they take no part in the selection, origination, or packaging of content. We agree with Noël J.A. that the term "broadcasting undertaking" does not contemplate an entity with no role to play in contributing to the *Broadcasting Act*'s policy objectives.

[6] This interpretation of "broadcasting undertaking" is consistent with *Electric Despatch Co. of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 S.C.R. 83. In *Electric Despatch*, the Court had to interpret the term "transmit" in an exclusivity contract relating to messenger orders. Like the ISPs in this case, Bell Telephone had no knowledge or control over the nature of the communication being passed over its wires. This Court had to determine whether the term "transmit" implicated an entity who merely provided the mode of transmission. The Court concluded that only the actual sender of the message could be said to "transmit" it, at p. 91:

> It is the person who breathes into the instrument the message which is transmitted along the wires who alone can be said to be the person who "transmits" the message. The owners of the telephone wires, who are utterly ignorant of the nature of the message intended to be sent, cannot be said . . . to transmit a message of the purport of which they are ignorant. [Emphasis added.]

[7] This Court relied on *Electric Despatch* in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, a proceeding under the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, to conclude that since ISPs merely

par. 3(1) de la Loi s'attachent au contenu (enrichissement culturel du Canada, promotion du contenu canadien, offre d'une programmation originale de haute qualité, variété de la programmation, etc.).

[5] Le FSI qui se contente de fournir le moyen de transmission ne peut contribuer à la réalisation de ces objectifs. Il permet à l'utilisateur final d'avoir accès à Internet, et lorsqu'il fournit cet accès, ce qui constitue son seul rôle visé par la question soumise dans le renvoi, il ne participe aucunement à la sélection et à la création de contenu et à sa mise à disposition sous forme de forfaits. Le juge Noël affirme avec raison que le terme « entreprise de radiodiffusion » ne vise pas l'entité qui ne joue aucun rôle dans la réalisation des objectifs de la politique énoncée dans la *Loi sur la radiodiffusion*.

[6] Cette interprétation du terme « entreprise de radiodiffusion » est compatible avec *Electric Despatch Co. of Toronto c. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 R.C.S. 83, une affaire dans laquelle la Cour était appelée à interpréter le verbe [TRADUCTION] « transmettre » employé dans un contrat d'exclusivité en matière de services de messagerie. Comme les FSI dans la présente affaire, Bell Telephone ignorait la nature de la communication transmise grâce à ses fils et n'exerçait aucune influence sur elle. La Cour devait déterminer si l'action de « transmettre » pouvait être le fait d'une entité qui fournissait seulement le moyen de transmission. Elle a conclu que seul l'expéditeur véritable du message pouvait être considéré comme celui qui le « transmet » (p. 91) :

> [TRADUCTION] Seule la personne qui dit le message, lequel est transmis par les fils, peut être considérée comme la personne qui « transmet » le message. On ne peut dire des propriétaires des fils électriques, qui ignorent tout de la nature du message devant être transmis, qu'ils transmettent [. . .] un message dont ils ignorent la teneur. [Nous soulignons.]

[7] Dans *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, une affaire intéressant la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, la Cour a invoqué l'arrêt *Electric Despatch*. Elle a estimé

act as a conduit for information provided by others, they could not themselves be held to communicate the information.

[8] The appellants in this case argued that we should instead follow *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141. In *Capital Cities*, decided under a 1968 version of the *Broadcasting Act*, the CRTC had amended Rogers Cable's licence, allowing Rogers to delete and substitute the television advertisements in the American broadcasts it received before it distributed the broadcast to viewers. The American broadcasting stations argued that the *Broadcasting Act* was *ultra vires* Parliament since it purported to regulate systems situated wholly within provincial boundaries. As part of this argument, the American stations attempted to sever the function of receiving television signals from the distribution or retransmission of those signals within a particular province. The Court rejected this severance of reception and distribution, stating that it was a "single system" coming under federal jurisdiction. The appellants argue before this Court that ISPs similarly form part of a single broadcasting system that is subject to regulation under the *Broadcasting Act*.

[9] Like Noël J.A., we are not convinced that *Capital Cities* assists the appellants. The case concerned Rogers Cable's ability to delete and substitute advertising from American television signals. There was no questioning in *Capital Cities* of the fact that the cable television companies had control over content. ISPs have no such ability to control the content of programming over the Internet.

[10] Contrary to the submissions of the appellants, we need not decide whether the fact that ISPs use "routers" prevents them from being characterized as telecommunications common carriers. Noël J.A. was not asked to decide whether ISPs are a "telecommunications common carrier" under s. 2(1) of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993,

que dans la mesure où ils ne servaient que d'agents pour permettre la communication de données provenant de tiers, on ne pouvait conclure que les FSI communiquaient eux-mêmes ces données.

[8] En l'espèce, les appelantes soutiennent que nous devons plutôt nous appuyer sur l'arrêt *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141. Dans cette affaire où la Cour a statué en fonction de la version de la *Loi sur la radiodiffusion* en vigueur en 1968, le CRTC avait modifié la licence de Rogers Cable pour lui permettre de supprimer les annonces publicitaires dans les émissions de télévision américaines qu'elle recevait et de les remplacer par d'autres avant la diffusion aux abonnés. Les radiodiffuseurs américains prétendaient que la *Loi sur la radiodiffusion* outrepassait la compétence du Parlement en ce qu'elle visait à réglementer des systèmes entièrement situés à l'intérieur des limites d'une province. Ils tentaient notamment de dissocier la réception des signaux de télévision de leur transmission ou retransmission dans une province donnée. La Cour a statué qu'il s'agissait d'un « système unique » ressortissant à la compétence fédérale, et elle a rejeté leur thèse. Les appelantes font valoir devant notre Cour que, de la même façon, les FSI font partie d'un système unique de radiodiffusion soumis à la *Loi sur la radiodiffusion*.

[9] À l'instar du juge Noël, nous ne croyons pas que l'arrêt *Capital Cities* étaye la thèse des appelantes. Dans cette affaire, la question était celle de savoir si Rogers Cable pouvait supprimer les messages publicitaires de signaux de télévision américains et les remplacer par d'autres. Nul ne remettait en cause le fait que les câblodistributeurs décidaient du contenu. Or, les FSI n'ont pas cette faculté de décider du contenu de la programmation offerte sur Internet.

[10] Contrairement à ce que prétendent les appelantes, nous n'avons pas à décider si l'utilisation de « routeurs » par. les FSI fait obstacle à leur assimilation à des « entreprise[s] de télécommunication » au sens du par. 2(1) de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38. Le juge Noël n'était pas saisi de la question de savoir si les FSI

c. 38. Nor, based on the record before us, do we feel it appropriate for us to do so.

[11] We therefore agree with Noël J.A.'s answer to the reference question, namely, that ISPs do not carry on "broadcasting undertakings" under the *Broadcasting Act* when, in their role as ISPs, they provide access through the Internet to "broadcasting" requested by end-users. We would therefore dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Bell Aliant Regional Communications et al.: Torys, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Shaw Communications Inc.: Stikeman Elliott, Ottawa.*

constituent de telles entreprises au sens de cette loi. À la lumière du dossier, nous ne jugeons pas non plus opportun de le faire.

[11] Nous sommes donc d'accord avec la réponse du juge Noël à la question posée dans le renvoi, à savoir que les FSI n'exploitent pas d'« entreprises de radiodiffusion » assujetties à la *Loi sur la radiodiffusion* lorsque, conformément à leur rôle de FSI, ils fournissent l'accès par Internet à la « radiodiffusion » demandée par les utilisateurs finaux. Nous sommes par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelantes : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs des intimées Bell Aliant Communications régionales et autres : Torys, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Shaw Communications Inc. : Stikeman Elliott, Ottawa.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

*v.*

**D.A.I.** *Respondent*

and

**Women's Legal Education and Action Fund, DisAbled Women's Network Canada, Criminal Lawyers' Association (Ontario) and Council of Canadians with Disabilities** *Interveners*

**INDEXED AS: R. *v.* D.A.I.**

**2012 SCC 5**

File No.: 33657.

2011: May 17; 2012: February 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Evidence — Testimonial competence — Adults with mental disabilities — Whether adult witnesses with mental disabilities must demonstrate understanding of nature of obligation to tell truth in order to be deemed competent to testify — Whether finding of testimonial competence without demonstration of understanding of obligation to tell truth breaches accused's right to fair trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.*

The Crown alleges that the complainant, a 26-year-old woman with the mental age of a three- to six-year-old, was repeatedly sexually assaulted by her mother's partner during the four years that he lived in the home. It sought to call the complainant to testify about the alleged assaults. After a *voir dire* to determine the complainant's capacity to testify, the trial judge found that she had failed to show that she understood the duty to speak the truth. In a separate *voir dire*, the trial judge also excluded out-of-court statements made by the complainant to the police and her teacher on the grounds that the statements were unreliable and would

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

*c.*

**D.A.I.** *Intimé*

et

**Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Réseau d'action des femmes handicapées du Canada, Criminal Lawyers' Association (Ontario) et Conseil des Canadiens avec déficiences** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. *c.* D.A.I.**

**2012 CSC 5**

N° du greffe : 33657.

2011 : 17 mai; 2012 : 10 février.

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

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

*Droit criminel — Preuve — Habilité à témoigner — Adultes ayant une déficience intellectuelle — Les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent-ils démontrer qu'ils comprennent la nature de l'obligation de dire la vérité pour être réputés habiles à témoigner? — La conclusion que le témoin est habile à témoigner sans qu'il ne soit démontré qu'il comprend l'obligation de dire la vérité porte-t-elle atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.*

Le ministère public prétend que la plaignante, une femme âgée de 26 ans ayant l'âge mental d'un enfant de trois à six ans, a été agressée sexuellement de façon répétée par le conjoint de sa mère au cours des quatre années où il a vécu avec elles. La poursuite a tenté de faire témoigner la plaignante à propos des agressions alléguées. À l'issue d'un voir-dire afin de déterminer si la plaignante était habile à témoigner, le juge du procès a conclu qu'elle n'avait pas démontré qu'elle comprenait l'obligation de dire la vérité. À l'issue d'un autre voir-dire, le juge du procès a également exclu les déclarations extrajudiciaires que la plaignante avait faites à

compromise the accused's right to a fair trial. While the remainder of the evidence raised some serious suspicions about the accused's conduct, the case collapsed and the accused was acquitted. The Ontario Court of Appeal affirmed this result.

*Held* (Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed, the acquittal set aside and a new trial ordered.

*Per* McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The question in issue is whether the trial judge correctly interpreted the requirements of s. 16 of the *Canada Evidence Act* for the testimonial competence of persons of 14 years of age or older (adults) with mental disabilities. Section 16(3) imposes two requirements for the testimonial competence of an adult with mental disabilities: (1) the ability to communicate the evidence; and (2) a promise to tell the truth. It is unnecessary and indeed undesirable to conduct abstract inquiries into whether the witness understands the difference between truth and falsity, the obligation to give true evidence in court, and what makes a promise binding. The plain words of s. 16(3) focus on the concrete acts of communicating and promising. Judges should not add other elements to the dual requirements imposed by s. 16(3). This approach does not transform the promise into an empty gesture. Adults with mental disabilities may have a practical understanding of the difference between the truth and a lie and know they should tell the truth without being able to explain what telling the truth means in abstract terms. When such a witness promises to tell the truth, the seriousness of the occasion and the need to say what really happened is reinforced.

Insofar as the authorities suggest that s. 16(3) requires an abstract understanding of the obligation to tell the truth, they should be rejected. That requirement was based on a version of s. 16 that explicitly required that the witness "understands the duty of speaking the truth". Although Parliament deleted that requirement in 1987, courts continued to require proof that child witnesses understood the duty to tell the truth. Parliament responded by enacting s. 16.1(7), which expressly forbade such inquiries of child witnesses. However, the existence of the s. 16.1(7) ban does not require us to infer that mentally disabled adults are to be questioned on the obligation to tell the truth. First, because s. 16(3)

la police et à son enseignante au motif que ces déclarations n'étaient pas dignes de foi et que leur admission en preuve compromettrait le droit de l'accusé à un procès équitable. Les autres éléments de preuve soulevaient de graves soupçons quant à la conduite de l'accusé, mais la preuve de la poursuite s'est effondrée et l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé ce résultat.

*Arrêt* (les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, l'acquittement est annulé et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : La question en litige est de savoir si le juge du procès a correctement interprété les prescriptions de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* relativement à l'habilité à témoigner des personnes âgées de 14 ans ou plus (adultes) ayant une déficience intellectuelle. Le paragraphe 16(3) impose deux conditions relativement à l'habilité à témoigner d'un adulte ayant une déficience intellectuelle : (1) la capacité de communiquer les faits dans son témoignage et (2) une promesse de dire la vérité. Il n'est ni nécessaire, ni même souhaitable, de poser des questions de nature abstraite à la personne afin de voir si elle comprend la différence entre la vérité et la fausseté, l'obligation de dire la vérité devant le tribunal, et ce qui rend une promesse obligatoire. Le libellé explicite du par. 16(3) met l'accent sur les actes concrets que sont la communication et la promesse. Les juges ne devraient pas ajouter d'autres éléments aux deux conditions qu'impose le par. 16(3). Une telle approche ne vide pas de son sens la promesse de dire la vérité. Des adultes ayant une déficience intellectuelle peuvent concrètement faire la différence entre la vérité et le mensonge et savoir qu'ils doivent dire la vérité sans être capables d'expliquer en termes abstraits ce que signifie dire la vérité. Lorsqu'un tel témoin promet de dire la vérité, cela confirme le caractère sérieux de la situation et la nécessité de dire ce qui s'est vraiment produit.

Dans la mesure où les autorités prétendent que le par. 16(3) exige une compréhension, dans l'abstrait, de l'obligation de dire la vérité, elles doivent être rejetées. Cette exigence découlait d'une version de l'art. 16 qui prévoyait explicitement que le témoin « compren[ne] le devoir de dire la vérité ». Bien que le législateur ait éliminé cette exigence en 1987, les tribunaux ont maintenu l'exigence d'établir que les enfants qui témoignent comprennent l'obligation de dire la vérité. En réponse, le législateur a adopté le par. 16.1(7), qui interdit explicitement de tels interrogatoires lorsque des enfants sont en cause. Toutefois, l'interdiction prévue au par. 16.1(7) ne nous oblige pas à déduire que les adultes ayant une

only required a promise to tell the truth, Parliament had no need to ban such questioning of adult witnesses with mental disabilities. Second, s. 16(3) required only a promise to tell the truth, so there was no need for Parliament to enact a similar provision with respect to s. 16(3). Third, the enactment of s. 16.1(7) did not imply that the earlier judicial interpretation of s. 16(3) as it applied to children had been endorsed for adult witnesses. No inference as to the meaning of s. 16(3) flows from the mere adoption of s. 16.1(7) with respect to children, and the re-enactment of s. 16(3) does not imply that Parliament accepted the judicial interpretation that prevailed at the time of the re-enactment. Fourth, the fact that s. 16 does not have a provision equivalent to s. 16.1(7) does not mean that adult witnesses with mental disabilities must demonstrate an understanding of the nature of the duty to speak the truth — s. 16(3) sets two requirements for the competence of adults with mental disabilities, and nothing further need be imported. Fifth, there is no need to prove that, unless it can be shown that adult witnesses with mental disabilities are the same as, or like, child witnesses, they must be subjected to an inquiry into their understanding of the nature of the obligation to tell the truth before they can be held competent to testify.

The underlying policy concerns — bringing the abusers to justice, ensuring fair trials and preventing wrongful convictions — also support allowing adults with mental disabilities to testify. With respect to the first concern, rejecting the evidence of alleged victims on the ground that they cannot explain the nature of the obligation to tell the truth in philosophical terms would exclude reliable and relevant evidence, immunize an entire category of offenders from criminal responsibility for their acts, and further marginalize the already vulnerable victims of sexual predators. With respect to the second, allowing an adult witness with mental disabilities to testify when the witness can communicate the evidence and promises to tell the truth does not render a trial unfair. Generally, the reliability threshold is met by establishing that the witness has the capacity to understand and answer the questions put to her and by bringing home the need to tell the truth by securing an oath, affirmation or promise. There is no guarantee that any witness will tell the truth — the trial process seeks a basic indication of reliability. That, along with the rules governing admissibility and weight of the

déficience intellectuelle doivent être interrogés sur l'obligation de dire la vérité. Premièrement, parce que le par. 16(3) exigeait simplement une promesse de dire la vérité, il n'était pas nécessaire que le législateur interdise de tels interrogatoires dans le cas d'adultes ayant une déficience intellectuelle. Deuxièmement, étant donné que le par. 16(3) exigeait simplement une promesse de dire la vérité, il n'était pas nécessaire que le législateur adopte une disposition similaire en ce qui concerne le par. 16(3). Troisièmement, l'adoption du par. 16.1(7) ne permettait pas d'inférer que l'interprétation judiciaire du par. 16(3) relativement aux enfants s'appliquait aux adultes. Aucune inférence quant au sens du par. 16(3) ne découle de la simple adoption du par. 16.1(7) relativement aux enfants, et la nouvelle édiction du par. 16(3) ne permet pas d'inférer que le législateur a adopté l'interprétation judiciaire de la disposition qui prévalait à l'époque de la nouvelle édiction. Quatrièmement, l'absence, à l'art. 16, d'une disposition équivalente au par. 16.1(7) ne signifie pas que les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent démontrer qu'ils comprennent la nature de l'obligation de dire la vérité afin de pouvoir témoigner — le par. 16(3) énonce deux conditions relatives à l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle, et il n'y a rien d'autre à y incorporer. Cinquièmement, il n'est pas nécessaire d'établir, sauf s'il peut être démontré qu'ils sont comme les enfants, ou leur ressemblent, que les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent subir un interrogatoire pour que l'on vérifie, avant de déterminer s'ils sont habiles à témoigner, qu'ils comprennent la nature de l'obligation de dire la vérité.

Les considérations de politique générale qui sous-tendent la question, à savoir traduire en justice les agresseurs et garantir la tenue d'un procès équitable pour l'accusé ainsi que prévenir les déclarations de culpabilité injustifiées, militent également en faveur de permettre aux adultes ayant une déficience intellectuelle de témoigner. En ce qui concerne la première considération, rejeter le témoignage de victimes alléguées au motif qu'elles ne peuvent pas expliquer en termes philosophiques la nature de l'obligation de dire la vérité équivaudrait à écarter des témoignages fiables et pertinents, à dégager une catégorie entière de contrevenants de toute responsabilité criminelle relativement à leurs actes, et à marginaliser davantage les victimes déjà vulnérables des prédateurs sexuels. Pour ce qui est de la deuxième considération, permettre à l'adulte ayant une déficience intellectuelle de témoigner dans le cas où il est capable de communiquer les faits dans son témoignage et de promettre de dire la vérité ne rend pas le procès inéquitable. En règle générale, le seuil de fiabilité est satisfait s'il est établi que le témoin a la faculté de comprendre les questions qui lui sont posées et d'y

evidence work to ensure that a verdict of guilty is based on accurate and credible evidence and that the accused has a fair trial.

When applying s. 16(3) in the context of the *Canada Evidence Act*, eight considerations are appropriate. First, the *voir dire* on the competence of a proposed witness is an independent inquiry: it may not be combined with a *voir dire* on other issues. Second, the *voir dire* should be brief, but not hasty. It is preferable to hear all available relevant evidence that can be reasonably considered before preventing a witness to testify. Third, the primary source of evidence for a witness's competence is the witness herself. Her examination should be permitted. Questioning an adult with mental disabilities requires consideration and accommodation for her particular needs; questions should be phrased patiently in a clear, simple manner. Fourth, persons familiar with the proposed witness in her everyday situation understand her best. They may be called as fact witnesses to provide evidence on her development. Fifth, expert evidence may be adduced if it meets the criteria for admissibility, but preference should always be given to expert witnesses who have had personal and regular contact with the proposed witness. Sixth, the trial judge must make two inquiries during the *voir dire* on competence: (a) does the proposed witness understand the nature of an oath or affirmation, and (b) can she communicate the evidence? Seventh, the second inquiry into the witness's ability to communicate the evidence requires the trial judge to explore in a general way whether she can relate concrete events by understanding and responding to questions. It may be useful to ask if she can differentiate between true and false everyday factual statements. Finally, the witness testifies under oath or affirmation if she passes both parts of the test, and on promising to tell the truth if she passes the second part only.

répondre, et si le témoin comprend qu'après avoir prêté serment ou fait une promesse ou une affirmation solennelle, il doit dire la vérité. Rien ne garantit qu'un témoin dira la vérité — on recherche simplement dans le cadre du procès un indice élémentaire de fiabilité. Cela, combiné aux règles régissant l'admissibilité et le poids de la preuve, permet de garantir qu'un verdict de culpabilité soit étayé par des éléments de preuve exacts et crédibles et que le procès de l'accusé soit équitable.

Lorsqu'il s'agit d'appliquer le par. 16(3) dans le contexte de la *Loi sur la preuve au Canada*, il faut tenir compte de huit considérations. Premièrement, le voir-dire relatif à l'habilité à témoigner d'un témoin éventuel constitue une enquête indépendante : il ne peut être combiné à un voir-dire relatif à d'autres questions. Deuxièmement, le voir-dire devrait être bref, mais non précipité. Il est préférable d'entendre toute la preuve pertinente disponible pouvant raisonnablement être prise en considération avant d'empêcher une personne de témoigner. Troisièmement, la source principale de preuve lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est habile à témoigner est la personne elle-même. Son interrogatoire devrait être autorisé. Pour interroger un adulte ayant une déficience intellectuelle, il faut tenir compte de ses besoins particuliers et prendre les mesures d'adaptation qui s'imposent; les questions devraient être formulées patiemment, de façon claire et simple. Quatrièmement, les personnes de l'entourage qui connaissent personnellement le témoin éventuel sont les mieux placées pour comprendre son état quotidien. Elles peuvent être appelées, à titre de témoins des faits, à témoigner sur son développement. Cinquièmement, une preuve d'expert peut être produite si elle satisfait aux critères d'admissibilité; on préfère cependant toujours le témoignage d'experts ayant eu un contact personnel et régulier avec le témoin éventuel. Sixièmement, le juge du procès doit répondre à deux questions durant le voir-dire relatif à l'habilité à témoigner : a) le témoin éventuel comprend-il la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, et b) est-il capable de communiquer les faits dans son témoignage? Septièmement, pour répondre à la deuxième question relative à la capacité de la personne de communiquer les faits dans son témoignage, le juge du procès doit vérifier de façon générale si la personne est capable de relater des faits concrets en comprenant les questions qui lui sont posées et en y répondant. Il peut être utile de se demander si la personne est en mesure de différencier entre de vraies et de fausses affirmations factuelles de tous les jours. Finalement, la personne peut témoigner sous serment ou affirmation solennelle si elle satisfait aux deux volets du critère, ou, si elle satisfait uniquement au deuxième volet, en promettant de dire la vérité.

In the instant case, the trial judge erred in failing to consider the second part of the test under s. 16. This error of law led him to rule the complainant incompetent. This error cannot be rectified by comments made by the trial judge at other points in the trial or by the doctrine of deference.

*Per* Binnie, LeBel and Fish JJ. (dissenting): The majority judgment unacceptably dilutes the protection Parliament intended to provide to accused persons by turning Parliament's direction permitting a person "whose mental capacity is challenged" to testify only "on promising to tell the truth" into an empty formality — a mere mouthing of the words "I promise" without any inquiry as to whether the promise has any significance to the potential witness

Section 16 mandates a single inquiry which presents the trial judge dealing with a witness whose mental capacity is challenged with three options. Section 16(2) provides that, if the challenged witness is able to communicate the evidence and understands the nature of an oath or a solemn declaration in terms of ordinary, everyday social conduct, he or she shall testify under oath or solemn affirmation. If the challenged witness is able to communicate the evidence but does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation, s. 16(3) provides that he or she may provide unsworn testimony on promising to tell the truth. If the challenged witness does not satisfy either criterion, s. 16(4) provides that the individual with a mental disability shall not testify.

There is agreement with the majority that promising is an act aimed at bringing home to the witness the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct. The promise thus serves a practical, prophylactic purpose. It cannot be correct, however, that it is out of bounds for a trial judge to try to determine — in concrete everyday terms — whether there is in reality such a prophylactic effect in the case of a particular witness whose mental capacity has been challenged. If such a witness is so disabled as not to understand the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct, there is no prophylactic effect, and the fair trial interests of the accused under s. 16, as enacted in 1987, are unfairly prejudiced.

In 2005, when Parliament amended the *Canada Evidence Act* to prohibit asking child witnesses "any questions regarding their understanding of the nature

En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en n'examinant pas le deuxième volet du critère établi à l'art. 16. Cette erreur de droit l'a amené à conclure que la plaignante n'était pas habile à témoigner. Des commentaires formulés par le juge du procès à d'autres étapes de l'instruction ou le principe de la déférence judiciaire ne peuvent corriger cette erreur.

*Les* juges Binnie, LeBel et Fish (dissidents) : Les juges majoritaires diluent de façon inacceptable la protection que le législateur voulait accorder aux accusés en transformant la directive du législateur, qui permet à une personne « dont la capacité mentale est mise en question » de témoigner « en promettant de dire la vérité », en une formalité vide de sens — le témoin éventuel ne fait que prononcer les mots « je promets » sans que l'on vérifie s'il accorde de l'importance à sa promesse.

L'article 16 ne requiert qu'une seule enquête qui présente au juge du procès trois possibilités à l'égard d'une personne dont la capacité mentale est mise en question. Selon le par. 16(2), si cette personne est capable de communiquer les faits dans son témoignage et comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne, elle témoignera sous serment ou affirmation solennelle. Si la personne est capable de communiquer les faits dans son témoignage mais ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, le par. 16(3) prévoit qu'elle peut témoigner sans prêter serment en promettant de dire la vérité. Si la personne dont la capacité mentale est mise en question ne satisfait à ni l'une ni l'autre de ces exigences, le par. 16(4) prévoit qu'elle ne peut témoigner.

Il y a accord avec les juges de la majorité pour dire que la promesse est un acte visant à renforcer, dans l'esprit du témoin éventuel, le caractère sérieux de la situation et l'importance de répondre de façon prudente et correcte. La promesse sert donc un objectif pratique et prophylactique. On ne saurait toutefois affirmer qu'un juge du procès ne peut pas tenter de déterminer — en termes concrets de la vie quotidienne — si un tel effet prophylactique existe effectivement dans le cas d'une personne dont la capacité mentale est mise en question. Si cette personne est à ce point déficiente qu'elle ne comprend pas le caractère sérieux de la situation et l'importance de répondre de façon prudente et correcte, il n'y a aucun effet prophylactique et le droit de l'accusé à un procès équitable aux termes de l'art. 16 adopté en 1987 subit une atteinte injustifiée.

En 2005, lorsque le législateur a modifié la *Loi sur la preuve au Canada* pour interdire que l'on ne pose aux enfants appelés à témoigner « [a]ucune question sur

of the promise to tell the truth" (s. 16.1(7)), the empirical evidence before Parliament related exclusively to children. No such empirical studies were carried out with respect to adults with mental disabilities. In their case, no "don't ask" provision was proposed, let alone adopted.

There is agreement with the majority that the words "on promising to tell the truth" in s. 16(3) must bear the same meaning as "to promise to tell the truth" in s. 16.1(6). That being the case, the majority must read the s. 16.1(7) "don't ask" rule applicable only to children into s. 16(3) applicable only to mentally challenged adults in order to read down the words "promising to tell the truth" in s. 16(3), and thus treat adults with mental disabilities as equivalent for the purposes of s. 16 to children without mental disabilities. The fact that psychiatrists speak of persons with mental disabilities in terms of mental ages does not mean that an adult with mental age of six is on the same footing as a six-year-old child with no mental disability whatsoever — a six-year-old with the mental capacity of a six-year-old does not suffer from a mental disability. No evidence was led to suggest equivalence and judicial notice cannot be taken of alleged "facts" that are neither notorious nor easily verifiable from undisputed sources.

On a competency *voir dire* where the mental capacity of an adult is challenged, and the adult is herself called as a proposed witness, the court may admit evidence from fact witnesses personally familiar with the complainant's verbal and cognitive abilities and limitations to help the court gain a better understanding of the person's capacity. These witnesses would not be in a position to express an expert opinion, but could testify about their direct personal observations of the proposed witness. Such evidence might, if the trial judge considered it helpful, better enable the judge or jury to appreciate her responses (or non-responses) in the witness box. However, ultimately, the judge must reach his or her own considered opinion about the mental capacity of the proposed witness prior to admitting the testimony.

In this case, the trial judge had serious concerns about the complainant's ability to communicate the evidence. The complainant's answers to a series of simple

la compréhension de la nature de la promesse » (par. 16.1(7)), la preuve empirique soumise au législateur se rapportait exclusivement aux enfants. Aucune étude empirique de ce genre n'a été effectuée relativement aux adultes ayant une déficience intellectuelle. Dans le cas de ces adultes, aucune règle interdisant de poser des questions n'a été proposée, et encore moins adoptée.

Il y a accord avec les juges de la majorité pour dire que les mots « en promettant de dire la vérité » au par. 16(3) doivent avoir le même sens que les mots « promettre [. . .] de dire la vérité » au par. 16.1(6). Cela étant, les juges majoritaires doivent incorporer, au par. 16(3) applicable uniquement aux adultes ayant une déficience intellectuelle, la règle du par. 16.1(7) interdisant de poser des questions, qui s'applique uniquement aux enfants, afin d'atténuer l'expression « en promettant de dire la vérité » au par. 16(3) et de traiter sur un pied d'égalité, pour le besoin de l'art. 16, les adultes ayant une déficience intellectuelle et les enfants n'ayant pas de déficience intellectuelle. Le fait pour les psychiatres de classer en fonction de l'âge mental les personnes ayant une déficience intellectuelle ne signifie pas qu'un adulte ayant l'âge mental d'un enfant de six ans soit sur un pied d'égalité avec un enfant âgé de six ans n'ayant aucune déficience intellectuelle — un enfant de six ans ayant la capacité mentale d'un enfant de six ans n'a pas une déficience intellectuelle. Aucun élément de preuve laissant croire que cette équivalence existe n'a été soumis et nous ne pouvons pas prendre connaissance d'office de « faits » allégués qui ne sont ni notoires, ni facilement vérifiables en ayant recours aux sources incontestées.

Dans le cadre d'un voir-dire relatif à l'habilité à témoigner, où la capacité mentale d'une personne adulte est mise en question et cette personne est assignée à témoigner, le tribunal peut admettre les dépositions de témoins des faits qui connaissent bien les habilités du témoin éventuel à s'exprimer et à comprendre, ainsi que ses limites, et ce, afin d'aider le tribunal à mieux saisir les capacités de la personne. Ces témoins ne seraient pas en mesure d'exprimer une opinion d'expert, mais ils pourraient témoigner à propos de ce qu'ils ont eux-mêmes directement observé chez le témoin éventuel. La preuve pourrait, si le juge du procès l'estime utile, aider le juge ou le jury à apprécier les réponses (ou l'absence de réponse) que lui donne la personne qui témoigne. Cependant, c'est le juge qui, en fin de compte, doit former sa propre opinion éclairée au sujet de la capacité mentale du témoin éventuel.

En l'espèce, le juge du procès avait de sérieuses réserves quant à la capacité de la plaignante de communiquer les faits dans son témoignage. Les réponses de la

and concrete questions left him fully satisfied that she did not understand what a promise to tell the truth involves. Much turned on the significance of the complainant's repeated "I don't know" answers. Clearly, it was an important advantage for the trial judge to watch the questions and answers unfold and to assess whether the complainant was actually able to "compute" her responses to what she was being asked. There was no allegation of bad faith, but she may nevertheless have been mistaken in her perception or recollection of events and the crucible of cross-examination was useless because there was no secure method of testing her credibility. Her inability to deal with simple questions would mean her evidence would be effectively immune to challenge by the defence, thereby prejudicing the interest of society as well as the accused in a fair trial. Sitting on appeal from this determination, and not having had the advantage of observing and questioning the complainant, there is no valid basis for this Court to reverse the trial judge's assessment of her mental capacity.

The trial judge's conclusion that the complainant lacked the ability to perceive, recall and communicate events and to understand the difference between truth and falsehood set up, but did not predetermine, his conclusion that her testimony lacked sufficient reliability. It was neither surprising nor an error however that the trial judge's reasoning on the threshold reliability in his hearsay ruling was quite similar to his reasoning on the s. 16 *voir dire*, and given his advantage in seeing and hearing the complainant, his exclusion of her out-of-court statements should equally be upheld by this Court.

**Cases Cited**

By McLachlin C.J.

**Disapproved:** *R. v. Farley* (1995), 23 O.R. (3d) 445; *R. v. P.M.F.* (1992), 115 N.S.R. (2d) 38; *R. v. McGovern* (1993), 82 C.C.C. (3d) 301; *R. v. S.M.S.* (1995), 160 N.B.R. (2d) 182; *R. v. Ferguson* (1996), 112 C.C.C. (3d) 342; *R. v. Parrott* (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89; *R. v. A. (K.)* (1999), 137 C.C.C. (3d) 554; *R. v. R.J.B.*, 2000 ABCA 103, 255 A.R. 301; *R. v. Brouillard*, 2006 QCCA 1263, 44 C.R. (6th) 218; *R. v. E.E.D.*, 2007 SKCA 99, 304 Sask. R. 192; **distinguished:** *R. v. Khan* (1988), 42 C.C.C. (3d) 197; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; **referred to:** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Brasier* (1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202; *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110; *Attorney*

plaignante à une série de questions simples et concrètes ont entièrement convaincu le juge qu'elle ne comprenait pas ce que la promesse de dire la vérité signifie. L'instance reposait en grande partie sur l'importance des réponses de la plaignante lorsqu'elle répétait « je ne sais pas ». De toute évidence, il s'agissait d'un avantage important pour le juge du procès d'être témoin de l'enchaînement des questions et des réponses et de déterminer si la plaignante était réellement capable de « computer » les questions posées et d'y répondre. La bonne foi de la plaignante n'était aucunement en cause, mais elle aurait quand même pu se tromper pour ce qui est de percevoir ou de se rappeler les faits, et l'épreuve du contre-interrogatoire était inutile puisqu'il n'y avait aucun moyen sûr de vérifier sa crédibilité. Son incapacité de comprendre des questions simples et d'y répondre signifiait que son témoignage ne pourrait effectivement être attaqué par la défense, ce qui porterait atteinte à l'intérêt de la société et au droit de l'accusé à un procès équitable. Siégeant en appel de cette décision, et n'ayant pas eu l'avantage d'observer et d'interroger la plaignante, il n'y a aucune raison valable d'infirmer l'appréciation, par le juge, de sa capacité mentale.

Le fait que le juge du procès ait conclu que la plaignante n'avait pas la capacité de percevoir, de se souvenir et de raconter ce qui s'est passé et de comprendre la différence entre la vérité et la fausseté l'a amené, mais pas de façon automatique, à conclure que le témoignage de la plaignante n'était pas suffisamment fiable. Il n'était pas surprenant, et ce n'était pas une erreur, que le raisonnement du juge du procès sur la question du seuil de fiabilité dans sa décision relative au ouï-dire ait été très semblable à son raisonnement sur le voir-dire prévu à l'art. 16. Comme il a eu l'avantage de voir et d'entendre la plaignante, la Cour devrait aussi maintenir la décision du juge du procès d'exclure ses déclarations extrajudiciaires.

**Jurisprudence**

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêts critiqués :** *R. c. Farley* (1995), 23 O.R. (3d) 445; *R. c. P.M.F.* (1992), 115 N.S.R. (2d) 38; *R. c. McGovern* (1993), 82 C.C.C. (3d) 301; *R. c. S.M.S.* (1995), 160 R.N.-B. (2e) 182; *R. c. Ferguson* (1996), 112 C.C.C. (3d) 342; *R. c. Parrott* (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89; *R. c. A. (K.)* (1999), 137 C.C.C. (3d) 554; *R. c. R.J.B.*, 2000 ABCA 103, 255 A.R. 301; *R. c. Brouillard*, 2006 QCCA 1263, 44 C.R. (6th) 218; *R. c. E.E.D.*, 2007 SKCA 99, 304 Sask. R. 192; **distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Khan* (1988), 42 C.C.C. (3d) 197; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; **arrêts mentionnés :** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Brasier* (1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202;

*General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *R. v. Caron* (1994), 72 O.A.C. 287; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

By Binnie J. (dissenting)

*R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, aff'g (1988), 42 C.C.C. (3d) 197; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Parrott*, 2001 SCC 3, [2001] 1 S.C.R. 178; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787.

**Statutes and Regulations Cited**

*Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24, s. 18.
*Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, S.C. 2005, c. 32, ss. 26, 27.
*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 16 [rep. & sub. 1987, c. 24, s. 18; am. 2005, c. 32, s. 26], 16.1 [ad. 2005, c. 32, s. 27].
*Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1893, c. 31, s. 25.
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 45.

**Authors Cited**

Bala, Nicholas, et al. "Brief on Bill C-2: Recognizing the Capacities & Needs of Children as Witnesses in Canada's Criminal Justice System", submitted by the Child Witness Project to the House of Commons Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness, March 2005.

Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights*, No. 77, 2nd Sess., 37th Parl., October 29, 2003, at 17:20 (online: www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1137489&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=E).

Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness*, No. 26, 1st Sess., 38th Parl., March 24, 2005, p. 7 (online: www.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/381/JUST/Evidence/EV1718347/JUSTEV26-E.PDF).

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15*, No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., November 27, 1986, pp. 21, 24 and 33.

*R. c. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *R. c. Caron* (1994), 72 O.A.C. 287; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

Citée par le juge Binnie (dissident)

*R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, conf. (1988), 42 C.C.C. (3d) 197; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Parrott*, 2001 CSC 3, [2001] 1 R.C.S. 178; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787.

**Lois et règlements cités**

*Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1893, ch. 31, art. 25.
*Charte canadienne des droits et libertés*.
*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 45.
*Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 1987, ch. 24, art. 18.
*Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, ch. 32, art. 26, 27.
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16 [abr. & rempl. 1987, ch. 24, art. 18; mod. 2005, ch. 32, art. 26], 16.1 [aj. 2005, ch. 32, art. 27].

**Doctrine et autres documents cités**

Bala, Nicholas, et al. « Brief on Bill C-2 : Recognizing the Capacities & Needs of Children as Witnesses in Canada's Criminal Justice System », submitted by the Child Witness Project to the House of Commons Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness, March 2005.

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15*, nº 1, 2e sess., 33e lég., 27 novembre 1986, p. 21, 24 et 33.

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15*, nº 2, 2e sess., 33e lég., 4 décembre 1986, p. 26-27.

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15*, nº 3, 2e sess., 33e lég., 11 décembre 1986, p. 7.

Canada. Chambre des communes, *Témoignages devant le Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile*, nº 26, 1re sess., 38e lég., 24 mars 2005, p. 7 (en ligne : www.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/381/JUST/Evidence/EV1718347/JUSTEV26-F.PDF).

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15*, No. 2, 2nd Sess., 33rd Parl., December 4, 1986, pp. 26-27.

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15*, No. 3, 2nd Sess., 33rd Parl., December 11, 1986, p. 7.

Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 17, 1st Sess., 38th Parl., June 23, 2005, p. 19.

Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 18, 1st Sess., 38th Parl., July 7, 2005, pp. 105-6.

Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

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

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, MacPherson and Armstrong JJ.A.), 2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96, 252 C.C.C. (3d) 178, 73 C.R. (6th) 50, [2010] O.J. No. 665 (QL), 2010 CarswellOnt 880, affirming a decision of McKinnon J., 2008 CanLII 21725, [2008] O.J. No. 1823 (QL), 2008 CarswellOnt 2637. Appeal allowed, Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting.

*Jamie C. Klukach* and *John Semenoff*, for the appellant.

*Howard L. Krongold* and *Leonardo Russomanno*, for the respondent.

*Joanna L. Birenbaum*, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the DisAbled Women's Network Canada.

*Joseph Di Luca* and *Erin Dann*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*David M. Wright* and *Helga D. Van Iderstine*, for the intervener the Council of Canadians with Disabilities.

Canada. Chambre des communes. *Témoignages devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, nº 77, 2e sess., 37e lég., 29 octobre 2003, 17:20 (en ligne : www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1137489&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=F).

Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, nº 17, 1re sess., 38e lég., 23 juin 2005, p. 19.

Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, nº 18, 1re sess., 38e lég., 7 juillet 2005, p. 105-106.

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4e éd. Montréal : Thémis, 2009.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

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 Doherty, MacPherson et Armstrong), 2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96, 252 C.C.C. (3d) 178, 73 C.R. (6th) 50, [2010] O.J. No. 665 (QL), 2010 CarswellOnt 880, qui a confirmé une décision du juge McKinnon, 2008 CanLII 21725, [2008] O.J. No. 1823 (QL), 2008 CarswellOnt 2637. Pourvoi accueilli, les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents.

*Jamie C. Klukach* et *John Semenoff*, pour l'appelante.

*Howard L. Krongold* et *Leonardo Russomanno*, pour l'intimé.

*Joanna L. Birenbaum*, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada.

*Joseph Di Luca* et *Erin Dann*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*David M. Wright* et *Helga D. Van Iderstine*, pour l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Sexual assault is an evil. Too frequently, its victims are the vulnerable in our society — children and the mentally handicapped. Yet rules of evidence and criminal procedure, based on the norm of the average witness, may make it difficult for these victims to testify in courts of law. The challenge for the law is to permit the truth to be told, while protecting the right of the accused to a fair trial and guarding against wrongful conviction.

[2] Parliament has addressed this challenge by a series of amendments to the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, that modify the normal rules of testimonial capacity for children and adults with mental disabilities. This Court has considered the provisions relating to children on a number of occasions. This appeal involves the provisions relating to adults with mental disabilities.

[3] At the heart of this case is a young woman, K.B., aged 26, with the mental age of a three- to six-year-old. The Crown alleges that she was repeatedly sexually assaulted by her mother's partner at the time, D.A.I. The prosecution sought to call the young woman to testify about the alleged assaults. It also sought to adduce evidence through her school teacher and a police officer of what she told them.

[4] The trial judge excluded this evidence, on the ground that K.B. was not competent to testify in a court of law (A.R., vol. I, at p. 2). As a result, the case collapsed and D.A.I. was acquitted (2008 CanLII 21725 (Ont. S.C.J.)). The Ontario Court of Appeal affirmed the acquittal (2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96).

[5] I respectfully disagree. In my view, the trial judge made a fundamental error of law in

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — L'agression sexuelle est un fléau. Trop souvent, ses victimes sont les personnes les plus vulnérables de notre société — les enfants et les personnes ayant une déficience intellectuelle. Or, les règles de preuve et la procédure en matière criminelle, qui sont fondées sur la norme du témoin moyen, peuvent compliquer la tâche de ces victimes qui sont appelées à témoigner dans des cours de justice. Le droit est confronté au défi de permettre que la vérité soit révélée tout en protégeant le droit de l'accusé à un procès équitable et en évitant toute possibilité de déclarations de culpabilité injustifiées.

[2] Le législateur a relevé ce défi en apportant, dans la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, une série de modifications aux règles relatives à l'habilité à témoigner afin d'accommoder les enfants et les adultes ayant une déficience intellectuelle. La Cour a examiné à plusieurs reprises les dispositions ayant trait aux enfants. Dans ce pourvoi, elle examine les dispositions relatives aux adultes ayant une déficience intellectuelle.

[3] La présente affaire met en cause une jeune femme, K.B., âgée de 26 ans, qui a l'âge mental d'un enfant de trois à six ans. Le ministère public prétend qu'elle a été agressée sexuellement de façon répétée par le conjoint de sa mère à l'époque, D.A.I. La poursuite a tenté de faire témoigner la jeune femme à propos des agressions alléguées. Elle a également tenté de présenter en preuve les révélations faites par K.B. à son institutrice et à un policier.

[4] Le juge du procès a exclu ces éléments de preuve au motif que K.B. n'était pas habile à témoigner dans une cour de justice (d.a., vol. I, p. 2). Par conséquent, la preuve de la poursuite s'est effondrée et D.A.I. a été acquitté (2008 CanLII 21725 (C.S.J. Ont.)). La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé l'acquittement (2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96).

[5] En toute déférence pour l'opinion contraire, je ne souscris pas à cette décision. Selon moi, le juge

interpreting and applying the provisions of the *Canada Evidence Act* governing the testimonial competence of adult witnesses with mental disabilities. This error of law vitiates the trial judge's ruling that K.B. could not be allowed to testify. Subsequent evidence on other matters cannot overcome this fatal defect. I would therefore set aside the acquittal of D.A.I. and order a new trial.

## I. Factual Background

[6] The complainant, K.B., was 22 at trial and 19 at the time of the alleged assault, but possessed the mental age of a three- to six-year-old. She lived with her mother and her mother's partner, D.A.I., as well as her sister. During the four years he was in the home, D.A.I. developed a close relationship with K.B.

[7] Sometime after D.A.I. separated from K.B.'s mother and left the home, K.B. told her special education teacher about a "game" that she and D.A.I. used to play together which involved D.A.I. touching her. She later repeated this statement to the police. K.B., through bodily gestures, described the game as involving touching her breasts and vagina. In her statement to the police, she indicated that D.A.I. had touched her vagina, buttocks and breasts beneath her pajamas, and that this had happened many times.

[8] At the preliminary inquiry, K.B. was ruled competent to testify on the basis that she was able to communicate the evidence. Her videotaped statement to the police was admitted as her examination-in-chief and she was cross-examined.

[9] The issue of K.B.'s testimonial capacity was raised at trial, and the trial judge held a *voir dire* to determine whether she could be allowed to testify. K.B. and Dr. K., the defence's expert witness, were the only ones to testify during the *voir dire* on competence. The Crown's examination of K.B.

du procès a commis une erreur de droit fondamentale dans l'interprétation et l'application des dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* régissant l'habilité à témoigner des personnes adultes ayant une déficience intellectuelle. Cette erreur de droit vicie la décision du juge du procès de ne pas permettre à K.B. de témoigner. Une preuve produite ultérieurement relativement à d'autres questions ne peut remédier à ce vice fatal. Je suis donc d'avis d'annuler l'acquittement de D.A.I. et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

## I. Le contexte factuel

[6] La plaignante, K.B., était âgée de 22 ans au moment du procès et de 19 ans au moment où elle aurait été agressée, mais elle avait l'âge mental d'un enfant de trois à six ans. Elle vivait avec sa mère et le conjoint de cette dernière, D.A.I., ainsi qu'avec sa sœur. Au cours des quatre années où il a vécu à la maison, D.A.I. a établi une relation étroite avec K.B.

[7] Quelque temps après que D.A.I. se soit séparé de la mère de K.B. et ait quitté la maison, K.B. a parlé à son enseignante spécialisée d'un « jeu » auquel elle se livrait avec D.A.I. et dans lequel ce dernier la touchait. Plus tard, elle a fait à la police une déclaration qui allait dans le même sens. K.B. a décrit par des gestes le jeu dans lequel l'intimé touchait ses seins et son vagin. Dans sa déclaration à la police, elle a mentionné que D.A.I. avait touché son vagin, ses fesses et ses seins sous son pyjama, et que cela s'était produit à plusieurs reprises.

[8] À l'enquête préliminaire, K.B. a été jugée habile à témoigner parce qu'elle était capable de communiquer les faits dans son témoignage. La déclaration enregistrée sur bande vidéo qu'elle a faite à la police a été admise à titre d'interrogatoire principal et elle a été contre-interrogée.

[9] La question de la capacité à témoigner de K.B. ayant été soulevée, le juge du procès a tenu un voir-dire afin de déterminer si K.B. pouvait être autorisée à témoigner. K.B. et le D^r^ K., le témoin expert de la défense, ont été les seules personnes à témoigner durant le voir-dire sur la question de l'habilité

demonstrated that she understood the difference between telling the truth and lying in concrete situations. However, the trial judge went beyond this to question K.B. on her understanding of the nature of truth and falsity, of moral and religious duties, and of the legal consequences of lying in court. K.B. was unable to respond adequately to these more abstract questions, to which she frequently answered "I don't know" (A.R., vol. I, at pp. 117-19). Dr. K., a psychiatrist, testified for the defence. Dr. K's opinion was formed without personal contact with K.B. It was based on school and medical records, as well as on K.B.'s behaviour in her videotaped statement and during the *voir dire*. Dr. K. expressed the view that K.B. had "serious difficulty in differentiating the concept of truth and lie", noted her low tolerance for frustration, and said, "I don't think she ha[d] the ability to think what you're asking and come up with an answer" (*ibid.*, at pp. 159 and 161).

[10] At the end of the *voir dire* on competence, the trial judge refused to hear from K.B.'s teacher of six years, Ms. W., and ruled that K.B. was incompetent to testify. K.B. was held incompetent because she had "not satisfied the prerequisite that she understands the duty to speak to the truth", which the trial judge took to be required by s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*: "She cannot communicate what truth involves or what a lie involves, or what consequences result from truth or lies" (*ibid.*, at p. 3).

[11] A second *voir dire* was held to decide on the Crown's application for admitting K.B.'s out-of-court statements to the police and to her teacher, Ms. W. The teacher testified that K.B. would not intentionally lie, but that her ability to understand was more developed than her ability to express herself: "This causes a lot of frustration for [K.B.], she frequently responds to questions by saying 'I don't know'" (*ibid.*, at p. 176; see also pp. 184-85).

à témoigner. L'interrogatoire de K.B. par le ministère public a démontré qu'elle comprenait la différence entre la vérité et le mensonge dans des situations concrètes. Cependant, le juge du procès est allé plus loin en interrogeant K.B. afin d'établir si elle comprenait la nature de la vérité et du mensonge, des obligations morales et religieuses, et des conséquences juridiques liées au fait de mentir au tribunal. K.B. n'a pas pu répondre adéquatement à ces questions plus abstraites, répétant à plusieurs reprises : [TRADUCTION] « Je ne sais pas » (d.a., vol. I, p. 117-119). Le D^r^ K., un psychiatre, a témoigné pour la défense. Son opinion était formée sans qu'il ait eu de contact personnel avec K.B. mais en se fondant sur des dossiers scolaires et médicaux de K.B. ainsi que sur le comportement de cette dernière sur la bande vidéo de sa déclaration et durant le voir-dire. De l'avis du D^r^ K., K.B. avait [TRADUCTION] « beaucoup de mal à différencier le concept de la vérité et celui du mensonge »; il a mentionné qu'elle avait une faible tolérance à la frustration et il a dit ce qui suit : « Je ne crois pas qu'elle a la capacité de penser à ce que vous demandez et de donner une réponse » (*ibid.*, p. 159 et 161).

[10] À l'issue du voir-dire relatif à l'habilité à témoigner, le juge du procès a refusé d'entendre le témoignage de la personne qui enseignait à K.B. depuis six ans, M^me^ W. Il a conclu que K.B. n'était pas habile à témoigner parce qu'elle n'avait [TRADUCTION] « pas satisfait à la condition préalable voulant qu'elle comprenne l'obligation de dire la vérité », ce qui, selon lui, est une condition exigée par le par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* : « Elle est incapable de dire ce que comportent la vérité et le mensonge, ou de dire ce que sont les conséquences découlant de la vérité ou de mensonges » (*ibid.*, p. 3).

[11] Le juge du procès a tenu un deuxième voir-dire pour statuer sur la demande présentée par le ministère public en vue de faire admettre en preuve les déclarations extrajudiciaires faites par K.B. à la police et à son enseignante, M^me^ W. L'enseignante a indiqué dans son témoignage que K.B. ne mentirait pas intentionnellement, mais que sa capacité à comprendre était plus développée que sa capacité à s'exprimer : [TRADUCTION] « Cela lui [K.B.]

Also, evidence was led corroborating K.B.'s allegations. A family friend testified that, while he was in D.A.I.'s room for another purpose, he found a Polaroid photo of K.B. with her breasts exposed and another photo of two unidentified people having sex. D.A.I.'s explanation of the first photo was that K.B. had flashed him while he was taking a photo of her. K.B.'s sister also testified that she had found such photos. However, she did not report it to her mother and the photos were not available at trial. K.B.'s sister also said she once saw D.A.I. touch K.B.'s breasts while she was lying on her bed.

[12] The *voir dire* on hearsay admissibility was concluded by the trial judge's dismissal of the Crown's application. The trial judge rejected K.B.'s out-of-court statements to Ms. W. and to the police, holding that K.B.'s hearsay evidence was inadmissible because it was "unreliable, and its admission would seriously compromise the accused's right to a fair trial" (2008 CanLII 21726 (Ont. S.C.J.), at para. 57).

[13] At trial, the judge concluded that while the remainder of the evidence raised "some serious suspicions" about D.A.I.'s conduct, it was too scant to support a conviction (para. 11). The case essentially collapsed because of the trial judge's ruling that K.B. was not competent to testify.

[14] The question we must decide is whether the trial judge correctly interpreted the requirements of the *Canada Evidence Act* for the testimonial competence of persons of 14 years of age or older (adults) with mental disabilities. If he applied too high a standard, his decision to preclude K.B. from testifying must be set aside and the case remitted for a new trial.

cause beaucoup de frustration, elle répond souvent aux questions en disant "je ne sais pas" » (*ibid.*, p. 176; voir aussi p. 184-185). Des éléments de preuve étayant les prétentions de K.B. ont également été soumis. Un ami de la famille a affirmé dans son témoignage qu'il avait trouvé dans la chambre de D.A.I. une photo au polaroïd de K.B. la montrant les seins nus et une autre photo montrant deux inconnus ayant des rapports sexuels. D.A.I. a expliqué que la première photo avait été prise par accident — que K.B. avait soudainement montré ses seins pendant qu'il prenait une photo d'elle. La sœur de K.B. a également indiqué avoir trouvé des photos de ce genre. Toutefois, elle ne l'a pas dit à sa mère et les photos n'ont pas été produites au procès. La sœur de K.B. a également dit avoir déjà vu D.A.I. toucher les seins de K.B. pendant qu'elle était étendue sur son lit.

[12] À l'issue du voir-dire relatif à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, le juge du procès a rejeté la demande du ministère public. Il a rejeté les déclarations extrajudiciaires faites par K.B. à M^me^ W. et à la police, affirmant que la preuve par ouï-dire de K.B. était inadmissible parce qu'elle n'était [TRADUCTION] « pas digne de foi, et que son admission en preuve compromettrait sérieusement le droit de l'accusé à un procès équitable » (2008 CanLII 21726 (C.S.J. Ont.), par. 57).

[13] Le juge du procès a conclu que, bien que la preuve ait soulevé [TRADUCTION] « de graves soupçons » quant à la conduite de D.A.I., elle ne permettait pas d'étayer une déclaration de culpabilité (par. 11). La preuve de la poursuite s'est effondrée essentiellement en raison de la conclusion du juge du procès selon laquelle K.B. n'était pas habile à témoigner.

[14] Nous devons décider si le juge du procès a correctement interprété les prescriptions de la *Loi sur la preuve au Canada* relativement à l'habilité à témoigner des personnes âgées de 14 ans ou plus (adultes) ayant une déficience intellectuelle. S'il a appliqué une norme trop élevée, sa décision d'empêcher K.B. de témoigner doit être annulée et l'affaire doit être renvoyée pour un nouveau procès.

II. Legal Analysis

A. *Testimonial Competence: A Threshold Requirement*

[15] Before turning to s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*, it is important to distinguish between three different concepts that are sometimes confused: (1) the witness's competence to testify; (2) the admissibility of his or her evidence; and (3) the weight of the witness's testimony. The evidentiary rules governing all three concepts share a common purpose: ensuring that convictions are based on solid evidence and that the accused has a fair trial. However, each concept plays a distinct role in achieving this goal.

[16] The first concept, and the one most relevant to this appeal, is the principle of competence to testify. Competence addresses the question of whether a proposed witness has the capacity to provide evidence in a court of law. The purpose of this principle is to exclude at the outset worthless testimony, on the ground that the witness lacks the basic capacity to communicate evidence to the court. Competence is a threshold requirement. As a matter of course, witnesses are presumed to possess the basic "capacity" to testify. However, in the case of children or adults with mental disabilities, the party challenging the competence of a witness may be called on to show that there is an issue as to the capacity of the proposed witness.

[17] The second concept is admissibility. The rules of admissibility determine what evidence given by a competent witness may be received into the record of the court. Evidence may be inadmissible for various reasons. Only evidence that is relevant to the case may be considered by the judge or jury. Evidence may also be inadmissible if it falls under an exclusionary rule, for example the confessions rule or the rule against hearsay evidence. Among the purposes of the rules of admissibility are improving the accuracy of fact finding, respecting policy considerations, and ensuring the fairness of the trial.

II. Analyse juridique

A. *L'habilité à témoigner : une condition préliminaire*

[15] Avant de passer à l'examen du par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, il importe de faire une distinction entre trois notions différentes qui sont parfois confondues : (1) l'habilité du témoin à témoigner; (2) l'admissibilité de son témoignage; (3) la force probante de celui-ci. Les règles de preuve régissant ces trois notions poursuivent un même objectif : garantir que les déclarations de culpabilité soient fondées sur une preuve solide et que l'accusé ait un procès équitable. Toutefois, chaque notion joue un rôle distinct dans l'atteinte de cet objectif.

[16] La première notion — la plus pertinente dans ce pourvoi — est le principe de l'habilité à témoigner. L'habilité porte sur la question de savoir si un témoin éventuel a la capacité de faire une déposition dans une cour de justice. Ce principe a pour objet d'exclure d'entrée de jeu la déposition n'ayant aucune valeur au motif que le témoin n'est pas en mesure de communiquer les faits dans son témoignage à la cour. L'habilité est une condition préliminaire. Ordinairement, les témoins sont présumés « habiles » à témoigner. Toutefois, dans le cas d'enfants ou d'adultes ayant une déficience intellectuelle, la partie qui met en question la capacité d'un éventuel témoin de faire une déposition peut être appelée à démontrer qu'il existe des motifs de douter de cette capacité.

[17] La deuxième notion est l'admissibilité. Les règles d'admissibilité déterminent quels éléments de preuve donnés par un témoin habile peuvent être consignés au dossier de la cour. Un témoignage peut être inadmissible pour diverses raisons. Le juge ou le jury ne peuvent prendre en compte que les témoignages pertinents dans l'instance. Le témoignage peut également être inadmissible s'il est visé par une règle d'exclusion, par exemple la règle des confessions ou la règle interdisant le ouï-dire. Les règles d'admissibilité visent notamment l'amélioration de l'exactitude des conclusions de fait, le respect des considérations de politique générale, et l'assurance que le procès est équitable.

[18] The third concept — the responsibility of the trier of fact to decide what evidence, if any, to accept — is based on the assumption that the witness is competent and the rules of admissibility have been properly applied. Fulfillment of these requirements does not establish that the evidence should be accepted. It is the task of the judge or jury to weigh the probative value of each witness's evidence on the basis of factors such as demeanour, internal consistency, and consistency with other evidence, and to thus determine whether the witness's evidence should be accepted in whole, in part, or not at all. Unless the trier of fact is satisfied that the prosecution has established all elements of the offence beyond a reasonable doubt, there can be no conviction.

[19] Together, the rules governing competence, admissibility and weight of the evidence work to ensure that a verdict of guilty is based on accurate and credible evidence and that the accused person has a fair trial. The point for our purposes is a simple one: the requirement of competence is only the first step in the evidentiary process. It is the initial threshold for receiving evidence. It seeks a minimal requirement — a basic ability to provide truthful evidence. A finding of competence is not a guarantee that the witness's evidence will be admissible or accepted by the trier of fact.

B. *The Requirements for Competence of Adult Witnesses With Mental Disabilities: Section 16 of the Canada Evidence Act*

[20] Against this background, I come to the provision at issue in this case, s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*, which governs the capacity to testify of adults with mental disabilities. Section 16 provides:

**16.** (1) [Witness whose capacity is in question] If a proposed witness is a person of fourteen years of age

[18] La troisième notion — la responsabilité qui incombe au juge des faits de décider quels éléments de preuve, s'il en est, doivent être retenus — est fondée sur la prémisse que le témoin est habile à témoigner et que les règles d'admissibilité ont été correctement appliquées. Le respect de ces exigences n'établit pas que les éléments de preuve doivent être retenus. C'est au juge ou au jury qu'il revient d'apprécier la valeur probante de la déposition de chaque témoin au regard de facteurs comme le comportement, la cohérence et la compatibilité avec d'autres éléments de preuve et, donc, de déterminer si la déposition de la personne doit être retenue en entier, en partie ou pas du tout. Sauf si le juge des faits est convaincu que la poursuite a établi hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l'infraction, il ne peut y avoir aucune déclaration de culpabilité.

[19] Ensemble, les règles régissant l'habilité à témoigner, l'admissibilité et le poids de la preuve permettent de garantir qu'un verdict de culpabilité est étayé par des éléments de preuve exacts et crédibles et que le procès de l'accusé est équitable. L'aspect important pour les besoins de l'analyse est simple : la condition relative à l'habilité à témoigner n'est que la première étape du processus de présentation de la preuve. C'est la première condition qui doit être satisfaite pour qu'un témoignage soit recevable. Elle repose sur une exigence minimale — une aptitude élémentaire à fournir un témoignage sincère. La seule conclusion que la personne est habile à témoigner ne garantit pas que sa déposition sera admissible ou retenue par le juge des faits.

B. *Les conditions relatives à l'habilité à témoigner des personnes adultes ayant une déficience intellectuelle : l'art. 16 de la Loi sur la preuve au Canada*

[20] Dans ce contexte, j'examine maintenant la disposition litigieuse en l'espèce, le par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui régit l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle. L'article 16 prévoit ce qui suit :

**16.** (1) [Témoin dont la capacité mentale est mise en question] Avant de permettre le témoignage d'une

or older whose mental capacity is challenged, the court shall, before permitting the person to give evidence, conduct an inquiry to determine

(*a*) whether the person understands the nature of an oath or a solemn affirmation; and

(*b*) whether the person is able to communicate the evidence.

(2) [Testimony under oath or solemn affirmation] A person referred to in subsection (1) who understands the nature of an oath or a solemn affirmation and is able to communicate the evidence shall testify under oath or solemn affirmation.

(3) [Testimony on promise to tell truth] A person referred to in subsection (1) who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is able to communicate the evidence may, notwithstanding any provision of any Act requiring an oath or a solemn affirmation, testify on promising to tell the truth.

(4) [Inability to testify] A person referred to in subsection (1) who neither understands the nature of an oath or a solemn affirmation nor is able to communicate the evidence shall not testify.

(5) [Burden as to capacity of witness] A party who challenges the mental capacity of a proposed witness of fourteen years of age or more has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to testify under an oath or a solemn affirmation.

[21] Section 16(1) sets out what a judge must do when a challenge is raised. First, the judge must determine "whether the person understands the nature of an oath or a solemn declaration" and "whether the person is able to communicate the evidence" (s. 16(1)). If these requirements are met, the witness testifies under oath or affirmation, as other witnesses do (s. 16(2)). If these requirements are not met, the judge moves on to s. 16(3). Section 16(3) provides that "[a] person . . . who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is able to communicate the evidence may . . . testify on promising to tell the truth."

personne âgée d'au moins quatorze ans dont la capacité mentale est mise en question, le tribunal procède à une enquête visant à décider si :

*a*) d'une part, celle-ci comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle;

*b*) d'autre part, celle-ci est capable de communiquer les faits dans son témoignage.

(2) [Témoignage sous serment] La personne visée au paragraphe (1) qui comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui est capable de communiquer les faits dans son témoignage témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle.

(3) [Témoignage sur promesse de dire la vérité] La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut, malgré qu'une disposition d'une loi exige le serment ou l'affirmation, témoigner en promettant de dire la vérité.

(4) [Inaptitude à témoigner] La personne visée au paragraphe (1) qui ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui n'est pas capable de communiquer les faits dans son témoignage ne peut témoigner.

(5) [Charge de la preuve] La partie qui met en question la capacité mentale d'un éventuel témoin âgé d'au moins quatorze ans doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs de douter de la capacité de ce témoin de comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle.

[21] Le paragraphe 16(1) énonce ce qu'un juge doit faire lorsque la capacité mentale d'un éventuel témoin est mise en question. Premièrement, le juge doit déterminer si la personne « comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle » et si elle « est capable de communiquer les faits dans son témoignage » (par. 16(1)). Si ces conditions sont satisfaites, la personne témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle, tout comme les autres témoins (par. 16(2)). Si ces conditions ne sont pas remplies, le juge passe au par. 16(3), selon lequel une « personne [. . .] qui, sans comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut [. . .] témoigner en promettant de dire la vérité ».

[22] In brief, s. 16(1) provides that an adult witness whose competence to testify is challenged should testify under oath or affirmation, if the witness "understands the nature of an oath or a solemn affirmation" and can "communicate the evidence". Here K.B. did not meet the first requirement. The inquiry therefore moved to s. 16(3), which states that if an adult witness cannot take the oath or affirm under s. 16(1), then she must be permitted to testify *if she is "able to communicate the evidence" and promises to tell the truth.*

[22] En bref, le par. 16(1) prévoit qu'une personne adulte dont l'habilité à témoigner est mise en question doit témoigner sous serment ou sous affirmation solennelle, si elle « comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle » et si elle est capable de « communiquer les faits dans son témoignage ». En l'espèce, K.B. n'a pu satisfaire à cette première condition. Le juge a donc poursuivi en examinant le par. 16(3), selon lequel une personne adulte qui ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle au sens du par. 16(1), mais *qui est « capable de communiquer les faits dans son témoignage »*, peut témoigner *en promettant de dire la vérité.*

[23] On its face, s. 16 says that in a case such as this where the witness cannot take the oath or affirm, the judge has only one further issue to consider — whether the witness can communicate the evidence. If the answer to that question is yes, the judge must then ask the witness whether she promises to tell the truth. If she does, she is competent to testify. It is not necessary to inquire into whether the witness understands the duty to tell the truth.

[23] À première vue, l'art. 16 prévoit que, dans un cas tel celui qui nous occupe, où la personne ne peut prêter serment ni faire une affirmation solennelle, le juge n'a plus qu'une autre question à examiner — à savoir si la personne est capable de communiquer les faits dans son témoignage. Si tel est le cas, le juge doit alors demander à la personne si elle promet de dire la vérité. Dans l'affirmative, elle est habile à témoigner. Il n'est pas nécessaire de vérifier si elle comprend l'obligation de dire la vérité.

[24] The respondent argues, however, that the plain words of s. 16(3) do not suffice. They must be supplemented, he says, by the requirement that an adult witness with mental disabilities who cannot take an oath or affirm must not only be able to communicate the evidence and promise to tell the truth, but must also *understand the nature of a promise to tell the truth.*

[24] Toutefois, l'intimé prétend que le libellé explicite du par. 16(3) n'est pas suffisant. Il doit être complété, selon lui, par l'ajout de la condition suivant laquelle un adulte ayant une déficience intellectuelle qui ne peut prêter serment ni faire une affirmation solennelle doit non seulement être capable de communiquer les faits dans son témoignage et promettre de dire la vérité, mais doit également *comprendre la nature de la promesse de dire la vérité.*

[25] I cannot accept this submission. The words of an Act are to be interpreted in their entire context: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. The wording of s. 16(3), its history, its internal logic and its statutory context all point to the conclusion that s. 16(3) should be read as it stands, without reading in a further requirement that the witness demonstrate an understanding of the nature of the obligation to tell the truth. All that is required is that the witness be able to communicate the evidence and in fact promise to tell the truth.

[25] Je ne peux pas accepter cette prétention. Il faut interpréter les termes d'une loi dans leur contexte global : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Le libellé du par. 16(3), son historique, sa logique interne et son contexte législatif nous amènent à conclure que le par. 16(3) doit être interprété littéralement, sans qu'il soit besoin d'exiger que la personne démontre qu'elle comprend la nature de l'obligation de dire la vérité. La disposition exige seulement que la personne soit capable de communiquer les faits dans son témoignage et qu'elle promette de dire la vérité.

[26] First, as already mentioned, this interpretation goes beyond the words used by Parliament. To insist that the witness demonstrate understanding of the nature of the obligation to tell the truth is to import a requirement into the section that Parliament did not place there. The first and cardinal principle of statutory interpretation is that one must look to the plain words of the provision. Where ambiguity arises, it may be necessary to resort to external factors to resolve the ambiguity: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 44. However, Parliament has clearly stated the requirements for finding adult witnesses with mental disabilities to be competent. Section 16 shows no ambiguity.

[27] Second, the history of s. 16 supports the view that Parliament intended to remove barriers that had prevented adults with mental disabilities from testifying prior to the 1987 amendments (S.C. 1987, c. 24). The amendments altered the common law rule, by virtue of which only witnesses under oath could testify. To take the oath or affirm, a witness must have an understanding of the duty to tell the truth: *R. v. Brasier* (1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202. Adults with mental disabilities might not be able to do this. To remove this barrier, Parliament provided an alternative basis for competence for this class of individuals. Section 16(1) of the 1987 provision continued to maintain the oath or affirmation as the first option for adults with mental disabilities, but s. 16(3) provided for competence based simply on the ability to communicate the evidence and a promise to tell the truth.

[28] This history suggests that Parliament intended to eliminate an understanding of the abstract nature of the oath or solemn affirmation as a prerequisite for testimonial capacity. Failure to show that the witness *could demonstrate an understanding of the obligation to tell the truth* was no

[26] Premièrement, comme je l'ai déjà mentionné, cette interprétation va au-delà des mots employés par le législateur. En insistant pour que la personne démontre qu'elle comprend la nature de l'obligation de dire la vérité, on introduit dans la disposition une condition que le législateur n'y a pas énoncée. Suivant le principe fondamental de l'interprétation des lois, il faut examiner le libellé explicite de la disposition. En cas d'ambiguïté, il peut être nécessaire d'avoir recours à des facteurs externes pour la dissiper : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5e éd. 2008), p. 44. Toutefois, le législateur a clairement indiqué les conditions requises pour conclure qu'un adulte ayant une déficience intellectuelle est habile à témoigner. L'article 16 ne comporte aucune ambiguïté.

[27] Deuxièmement, l'historique de l'art. 16 étaye le point de vue selon lequel le législateur voulait éliminer les obstacles qui, avant les modifications apportées en 1987 (L.C. 1987, ch. 24), avaient empêché des adultes ayant une déficience intellectuelle de témoigner. Les modifications ont changé la règle de common law en vertu de laquelle seules les personnes ayant prêté serment pouvaient témoigner. Pour prêter serment ou faire une affirmation solennelle, une personne doit comprendre l'obligation de dire la vérité : *R. c. Brasier* (1779), 1 Leach 199, 168 E.R. 202. Des adultes ayant une déficience intellectuelle pourraient ne pas avoir cette faculté. Afin d'écarter cet obstacle, le législateur a prévu à l'égard des personnes de cette catégorie un autre fondement de l'habilité à témoigner. Le paragraphe 16(1) de la disposition de 1987 conservait encore le serment ou l'affirmation solennelle comme première possibilité dans le cas des adultes ayant une déficience intellectuelle, mais le par. 16(3) prévoyait que ces personnes étaient habiles à témoigner si elles étaient simplement capables de communiquer les faits dans un témoignage et si elles promettaient de dire la vérité.

[28] Cet historique donne à penser que le législateur voulait éliminer la condition préalable selon laquelle la personne, pour être habile à témoigner, devait comprendre la nature abstraite du serment ou de l'affirmation solennelle. Le défaut d'établir que la personne *pouvait démontrer qu'elle comprenait*

longer the end of the matter. Provided the witness (1) was able to *communicate the evidence*, and (2) promised to tell the truth, she should be allowed to testify.

[29] The drafters of s. 16(3) did not intend this provision to require an abstract understanding of the duty to tell the truth (see Appendix A). The original text of Bill C-15, which adopted the 1987 amendments, was changed by the Legislative Committee on Bill C-15 precisely to avoid that interpretation. The version of s. 16(3) first put before Parliament allowed testimony on promising to tell the truth if the witness was "sufficiently intelligent that the reception of the evidence is justified". A discussion was held on the meaning of "sufficient intelligence", after which the Committee concluded that all that was needed for a witness to be sufficiently intelligent was to understand the moral difference between telling the truth and lying. The Committee, fearing that this would open the door to abstract inquiries, ultimately replaced "sufficient intelligence" by "able to communicate the evidence". The deliberations that followed emphasized the practical ability to communicate the evidence. There was no suggestion that ability to communicate the evidence accompanied by a promise to tell the truth implicitly imposed a requirement that the witness demonstrate a more abstract understanding of the duty to tell the truth.

[30] The historic background against which s. 16(3) was enacted explains why Parliament might have wished in 1987 to lower the requirements of testimonial competence for adults with mental disabilities, who are nonetheless capable of communicating the evidence. While adults with mental disabilities received little consideration in the pre-1987 case law, the inappropriateness of questioning children on abstract understandings of the truth had been noted and criticized. In *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (Man. C.A.), Dickson J. *ad hoc* (as he then was) rejected the practice of examining child witnesses on their religious beliefs and the philosophical meaning of truth. Meanwhile,

*l'obligation de dire la vérité* ne mettait plus fin à la question. Dès lors qu'elle (1) était capable de *communiquer les faits dans son témoignage* et qu'elle (2) promettait de dire la vérité, la personne devait être autorisée à témoigner.

[29] Les rédacteurs du par. 16(3) ne voulaient pas que cette disposition exige une compréhension abstraite de l'obligation de dire la vérité (voir annexe A). C'est précisément pour éviter une telle interprétation que le Comité législatif sur le projet de loi C-15 a modifié le texte original du projet de loi C-15 par lequel les modifications de 1987 ont été adoptées. La première version du par. 16(3) soumise au Parlement prévoyait qu'une personne pouvait témoigner en promettant de dire la vérité si elle était « suffisamment intelligente pour que le recueil de son témoignage soit justifié ». Après une discussion sur la signification de l'expression « suffisamment intelligente », le Comité a conclu qu'il fallait uniquement que le témoin apprécie la différence morale entre dire la vérité et mentir pour qu'il soit suffisamment intelligent. De crainte que cela n'ouvre la porte à des interrogatoires dans l'abstrait, le Comité a remplacé ces mots par « capable de communiquer les faits dans son témoignage ». Les délibérations qui ont suivi ont mis l'accent sur l'aptitude, en pratique, de communiquer les faits dans un témoignage. Rien n'indiquait que l'aptitude à communiquer les faits dans un témoignage, accompagnée d'une promesse de dire la vérité, exigeait implicitement du témoin qu'il comprenne de façon plus abstraite l'obligation de dire la vérité.

[30] Le contexte historique dans lequel le par. 16(3) a été adopté explique pourquoi le législateur a pu souhaiter, en 1987, assouplir les conditions relatives à l'habilité à témoigner imposées aux adultes ayant une déficience intellectuelle qui sont néanmoins capables de communiquer les faits dans leur témoignage. Bien qu'on ait accordé peu d'importance aux adultes ayant une déficience intellectuelle dans la jurisprudence antérieure à 1987, on avait souligné qu'il ne convenait pas de poser à des enfants des questions sur la compréhension qu'ils avaient, dans l'abstrait, de la vérité. Dans *R. c. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (C.A. Man.), le juge Dickson *ad hoc* (plus tard Juge

awareness of the sexual abuse of children and adults with mental disabilities was growing. To rule out the evidence of children and adults with mental disabilities at the stage of competence — the effect of the requirement of an abstract understanding of the nature of the obligation to tell the truth — meant their stories would never be told and their cases never prosecuted. These concerns explain why Parliament moved to simplify the competence test for adult witnesses with mental disabilities.

[31] Third, and flowing from this history, the internal logic of s. 16 negates the suggestion that "promising to tell the truth" in s. 16(3) must be read as implying an understanding of the obligation to tell the truth. Two procedures are provided by s. 16. The preferred option is testimony under oath or affirmation (s. 16(1)), and the alternative procedure is testimony on a promise to tell the truth (s. 16(3)). If the witness is required under s. 16(3) to demonstrate that she understands the obligation to tell the truth, s. 16(3) adds little, if anything, to s. 16(1). In both cases, the witness is required to articulate abstract concepts of the nature of truth and the nature of the obligation to tell the truth in court. The result is essentially to render s. 16(3) a dead letter and to negate the dual structure of the provision. This runs against the principle of statutory interpretation that Parliament does not speak in vain: *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838.

[32] Fourth, s. 16(4) indicates that ability to communicate the evidence is the only quality that an adult with mental disabilities must possess in order to testify under s. 16(3). Section 16(4) provides that

en chef du Canada) a rejeté la pratique consistant à poser à des enfants des questions sur leurs croyances religieuses et sur le sens philosophique de la vérité. Entre-temps, on prenait de plus en plus conscience de la violence sexuelle envers les enfants et les adultes ayant une déficience intellectuelle. En raison de l'exclusion, à l'étape de l'examen de l'habilité à témoigner, des dépositions des enfants et des adultes ayant une déficience intellectuelle — la conséquence de l'obligation, pour ces derniers, de démontrer une compréhension abstraite de la nature de l'obligation de dire la vérité — ils ne pouvaient jamais faire le récit de leur expérience et aucune poursuite n'était entreprise. C'est en raison de ces problèmes que le législateur a simplifié le critère relatif à l'habilité à témoigner des personnes adultes ayant une déficience intellectuelle.

[31] Troisièmement, en lien avec cet historique, la logique interne de l'art. 16 contredit la thèse suivant laquelle les mots « en promettant de dire la vérité » qui figurent au par. 16(3) doivent être interprétés comme supposant une compréhension de l'obligation de dire la vérité. L'article 16 prévoit deux façons de procéder. Le témoignage sous serment ou affirmation solennelle constitue la solution privilégiée (par. 16(1)), l'autre possibilité étant le témoignage fait en promettant de dire la vérité (par. 16(3)). Si la personne est tenue, en vertu du par. 16(3), de démontrer qu'elle comprend l'obligation de dire la vérité, ce paragraphe n'ajoute rien, ou bien peu, au par. 16(1). Dans les deux cas, la personne doit formuler les concepts abstraits que sont la nature de la vérité et la nature de l'obligation de dire la vérité devant le tribunal. Cette interprétation a essentiellement pour résultat que le par. 16(3) devient lettre morte et que la structure en deux volets de la disposition est réduite à néant. Cela va à l'encontre du principe de l'interprétation des lois selon lequel le législateur ne parle pas en vain : *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838.

[32] Quatrièmement, le par. 16(4) indique que la capacité de communiquer les faits dans son témoignage est la seule qualité qu'un adulte ayant une déficience intellectuelle doit posséder afin de

the proposed witness is unable to testify if she neither understands the nature of an oath or solemn affirmation nor is able to communicate the evidence. It follows that the witness is competent to testify if she is able to communicate the evidence; she may testify on promising to tell the truth under s. 16(3). The qualities envisaged in s. 16 as basis for testimonial competence are mentioned in s. 16(4). Imposing an additional qualitative requirement to understand the nature of a promise to tell the truth would flout the utility of s. 16(4).

pouvoir témoigner en vertu du par. 16(3). Le paragraphe 16(4) prévoit que le témoin éventuel est incapable de témoigner s'il ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et s'il n'est pas capable de communiquer les faits dans son témoignage. Il s'ensuit que la personne est habile à témoigner si elle est capable de communiquer les faits dans son témoignage; elle peut témoigner en promettant de dire la vérité aux termes du par. 16(3). Les qualités envisagées à l'art. 16 comme fondement de l'habilité à témoigner sont mentionnées au par. 16(4). L'imposition de la condition supplémentaire — comprendre la nature de la promesse de dire la vérité — équivaudrait à faire fi de l'utilité du par. 16(4).

[33] Fifth, the legislative context speaks against reading s. 16(3) as requiring that an adult witness with mental disabilities understand the nature of the obligation to tell the truth. If this requirement is added to s. 16(3), the result is a different standard for the competence of adults with mental disabilities under s. 16(3) and children under s. 16.1 (enacted in 2005 (S.C. 2005, c. 32) pursuant to the "Brief on Bill C-2: Recognizing the Capacities & Needs of Children as Witnesses in Canada's Criminal Justice System" (Child Witness Project, March 2005) (the "Bala Report")). As will be discussed more fully below, s. 16(3) governing the competence of adults with mental disabilities, and ss. 16.1(3), (5) and (6) governing the competence of children, set forth essentially the same requirements. Broadly speaking, both condition testimonial capacity on: (1) the ability to communicate or answer questions; and (2) a promise to tell the truth. While it was open to Parliament to enact different requirements for children and adults with the minds of children, consistency of Parliamentary intent should be assumed, absent contrary indications. No explanation has been offered as to why Parliament would consider a promise to tell the truth a meaningful procedure for children, but an empty gesture for adults with mental disabilities.

[33] Cinquièmement, le contexte législatif va à l'encontre d'une interprétation du par. 16(3) exigeant qu'un adulte ayant une déficience intellectuelle comprenne la nature de l'obligation de dire la vérité. L'ajout de cette exigence au par. 16(3) créerait pour les adultes ayant une déficience intellectuelle une norme relative à l'habilité à témoigner différente de la norme prévue pour les enfants au par. 16.1 (adopté en 2005 (L.C. 2005, ch. 32) comme suite au mémoire « Brief on Bill C-2 : Recognizing the Capacities & Needs of Children as Witnesses in Canada's Criminal Justice System » (Child Witness Project, mars 2005) (le « rapport Bala »)). Comme je l'expliquerai davantage plus loin, le par. 16(3) régissant l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle, ainsi que les par. 16.1(3), (5) et (6) relatifs à l'habilité à témoigner des enfants, énoncent essentiellement les mêmes exigences. De façon générale, dans les deux dispositions, l'habilité à témoigner dépend des éléments suivants : (1) la capacité de communiquer ou de répondre aux questions; (2) la promesse de dire la vérité. Bien qu'il ait été loisible au législateur d'adopter des exigences différentes selon qu'il s'agisse d'enfants ou d'adultes ayant les capacités mentales d'un enfant, il faut présumer la constance de l'intention législative en l'absence d'indications contraires. Aucune explication n'a été avancée quant à savoir pourquoi le législateur estimerait que la promesse de dire la vérité est une solution valable pour les enfants mais vide de sens pour les adultes ayant une déficience intellectuelle.

[34] The foregoing reasons make a strong case that s. 16(3) should be read as requiring only two requirements for competence of an adult with mental disabilities: (1) ability to communicate the evidence; and (2) a promise to tell the truth. However, two arguments have been raised in opposition to this interpretation: first, without a further requirement of an understanding of the obligation to tell the truth, a promise to tell the truth is an "empty gesture"; second, Parliament's failure in 2005 to extend to adults with mental disabilities the s. 16.1(7) prohibition on the questioning of children means that it intended this questioning to continue for adults. I will examine each argument in turn.

[35] The first argument is that unless an adult witness with mental disabilities is required to demonstrate that she understands the nature of the obligation to tell the truth, the promise is an "empty gesture". However, this submission's shortcoming is that it departs from the plain words of s. 16(3), on the basis of an assumption that is unsupported by any evidence and contrary to Parliament's intent. Imposing an additional qualitative condition for competence that is not provided in the text of s. 16(3) would demand compelling demonstration that a promise to tell the truth cannot amount to a meaningful procedure for adults with mental disabilities. No such demonstration has been made. On the contrary, common sense suggests that the act of promising to tell the truth may be useful, even in the absence of the witness's ability to explain what telling the truth means in abstract terms.

[36] Promising is an act aimed at bringing home to the witness the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct. The promise thus serves a practical, prophylactic purpose. A witness who is able to communicate the evidence, as required by s. 16(3), is necessarily able to relate events. This in turn implies an understanding of what really happened — i.e. the truth — as

[34] Les motifs qui précèdent exposent de façon convaincante que, suivant l'interprétation du par. 16(3) qui s'impose, un adulte ayant une déficience intellectuelle est habile à témoigner s'il satisfait à deux exigences seulement : (1) la capacité de communiquer les faits dans son témoignage; (2) la promesse de dire la vérité. Toutefois, deux arguments ont été soulevés à l'encontre de cette interprétation. Premièrement, sans exiger en plus que la personne comprenne l'obligation de dire la vérité, la promesse de dire la vérité reste « vide de sens ». Deuxièmement, si le législateur a omis, en 2005, d'appliquer aux adultes ayant une déficience intellectuelle l'interdiction prévue au par. 16.1(7) de poser des questions à des enfants, c'est parce qu'il voulait que l'on continue de poser des questions aux adultes. Je vais examiner successivement chacun de ces arguments.

[35] Selon le premier argument, la promesse de dire la vérité « est vide de sens » si le témoin adulte ayant une déficience intellectuelle n'est pas tenu de démontrer qu'il comprend la nature de l'obligation de dire la vérité. Toutefois, cette prétention comporte une lacune en ce qu'elle s'écarte du libellé explicite du par. 16(3) car elle repose sur une hypothèse qui n'est étayée par aucun élément de preuve et qui est contraire à l'intention du législateur. L'imposition, relativement à l'habilité à témoigner, d'une condition qualitative supplémentaire que ne prévoit pas le texte du par. 16(3) exigerait une démonstration convaincante qu'une promesse de dire la vérité n'offre pas une façon valable d'obtenir le témoignage d'un adulte ayant une déficience intellectuelle. Cette démonstration n'a pas été faite. Au contraire, le bon sens donne à penser que la promesse de dire la vérité peut être utile, même si la personne n'a pas la faculté d'expliquer en termes abstraits ce que signifie dire la vérité.

[36] La promesse est un acte visant à renforcer, dans l'esprit du témoin éventuel, le caractère sérieux de la situation et l'importance de répondre de façon prudente et correcte. La promesse sert donc un objectif pratique et prophylactique. Une personne qui est capable de communiquer les faits dans son témoignage, comme l'exige le par. 16(3), est nécessairement capable de relater des

opposed to fantasy. When such a witness promises to tell the truth, this reinforces the seriousness of the occasion and the need to do so. In dealing with the evidence of children in s. 16.1, Parliament held that a promise to tell the truth was all that is required of a child capable of responding to questions. Parliament did not think a child's promise, without more, is an empty gesture. Why should it be otherwise for an adult with the mental ability of a child?

[37] The second argument raised in support of the proposition that "promising to tell the truth" in s. 16(3) implies a requirement that the witness must show that she understands the nature of the obligation to tell the truth is that Parliament has not enacted a ban on questioning adult witnesses with mental disabilities on the nature of the obligation to tell the truth, as it did for child witnesses in 2005 in s. 16.1(7). To understand this argument, we must briefly trace the history of s. 16.1.

[38] In 2005, following the Bala Report, Parliament once more modified the *Canada Evidence Act*'s provisions on testimonial competence, but this time only with respect to children. The central focus of the 2005 legislation relating to the *Canada Evidence Act* was the competence of *child* witnesses, with the aim of altering the restrictive gloss the case law had placed on the previous provisions relating to the capacity of children to testify. Chief among this case law was *R. v. Khan* (1988), 42 C.C.C. (3d) 197 (Ont. C.A.), which insisted that a child understand the nature of the obligation to tell the truth before the child could testify. Section 16.1, in unequivocal language, rejected this requirement. It stated:

**16.1** (1) [Person under fourteen years of age] A person under fourteen years of age is presumed to have the capacity to testify.

événements. Cela sous-entend que la personne comprend ce qui s'est vraiment passé — c'est-à-dire la vérité — par opposition à l'imaginaire. Lorsqu'une telle personne promet de dire la vérité, cela confirme le caractère sérieux de la situation et la nécessité de dire la vérité. En ce qui concerne le témoignage des enfants dont il est question à l'art. 16.1, le législateur a conclu que la promesse de dire la vérité était tout ce qui était exigé de la part d'un enfant capable de répondre aux questions. Le législateur n'a pas envisagé que la promesse faite par un enfant, sans rien d'autre, est vide de sens. Pourquoi en serait-il autrement pour un adulte ayant la capacité mentale d'un enfant?

[37] Selon le deuxième argument soulevé à l'appui de l'affirmation selon laquelle les mots « en promettant de dire la vérité » figurant au par. 16(3) sous-entendent que la personne doit démontrer qu'elle comprend la nature de l'obligation de dire la vérité, le législateur n'a pas adopté une interdiction de poser aux adultes ayant une déficience intellectuelle des questions quant à la nature de l'obligation de dire la vérité, comme il l'a fait pour les enfants en 2005, au par. 16.1(7). Pour bien saisir cet argument, il nous faut relater brièvement l'historique de l'art. 16.1.

[38] En 2005, comme suite au rapport Bala, le législateur a encore une fois modifié les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* portant sur l'habilité à témoigner, mais cette fois uniquement en ce qui a trait aux enfants. La loi de 2005 relative à la *Loi sur la preuve au Canada* portait principalement sur la compétence des *enfants* à rendre témoignage et visait à modifier l'interprétation restrictive, dans la jurisprudence, des dispositions antérieures relatives à l'habilité des enfants à témoigner. La décision la plus importante dans cette jurisprudence était *R. c. Khan* (1988), 42 C.C.C. (3d) 197 (C.A. Ont.), laquelle exigeait d'un enfant qu'il comprenne la nature de l'obligation de dire la vérité avant de pouvoir témoigner. L'article 16.1, qui a rejeté cette exigence en termes non équivoques, est libellé comme suit :

**16.1** (1) [Témoin âgé de moins de quatorze ans] Toute personne âgée de moins de quatorze ans est présumée habile à témoigner.

(2) [No oath or solemn affirmation] A proposed witness under fourteen years of age shall not take an oath or make a solemn affirmation despite a provision of any Act that requires an oath or a solemn affirmation.

(3) [Evidence shall be received] The evidence of a proposed witness under fourteen years of age shall be received if they are able to understand and respond to questions.

(4) [Burden as to capacity of witness] A party who challenges the capacity of a proposed witness under fourteen years of age has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to understand and respond to questions.

(5) [Court inquiry] If the court is satisfied that there is an issue as to the capacity of a proposed witness under fourteen years of age to understand and respond to questions, it shall, before permitting them to give evidence, conduct an inquiry to determine whether they are able to understand and respond to questions.

(6) [Promise to tell truth] The court shall, before permitting a proposed witness under fourteen years of age to give evidence, require them to promise to tell the truth.

(7) [Understanding of promise] No proposed witness under fourteen years of age shall be asked any questions regarding their understanding of the nature of the promise to tell the truth for the purpose of determining whether their evidence shall be received by the court.

(8) [Effect] For greater certainty, if the evidence of a witness under fourteen years of age is received by the court, it shall have the same effect as if it were taken under oath.

[39] Section 16.1, like s. 16(3) governing adult witnesses with mental disabilities, imposed two preconditions for the testimony of children: (1) that the child be able to understand and respond to questions (s. 16.1(5)); and (2) that the child promise to tell the truth (s. 16.1(6)). But, taking direct aim at *Khan*'s insistence that children be questioned on their understanding of the nature of the obligation to tell the truth, s. 16.1(7) went on to state explicitly that children not "*be asked any questions regarding their understanding of the nature of the promise to tell the truth for the purpose of determining whether their evidence shall be received by the court*".

(2) [Témoin non assermenté] Malgré toute disposition d'une loi exigeant le serment ou l'affirmation solennelle, une telle personne ne peut être assermentée ni faire d'affirmation solennelle.

(3) [Témoignage admis en preuve] Son témoignage ne peut toutefois être reçu que si elle a la capacité de comprendre les questions et d'y répondre.

(4) [Charge de la preuve] La partie qui met cette capacité en question doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs d'en douter.

(5) [Enquête du tribunal] Le tribunal qui estime que de tels motifs existent procède, avant de permettre le témoignage, à une enquête pour vérifier si le témoin a la capacité de comprendre les questions et d'y répondre.

(6) [Promesse du témoin] Avant de recevoir le témoignage, le tribunal fait promettre au témoin de dire la vérité.

(7) [Question sur la nature de la promesse] Aucune question sur la compréhension de la nature de la promesse ne peut être posée au témoin en vue de vérifier si son témoignage peut être reçu par le tribunal.

(8) [Effet] Il est entendu que le témoignage reçu a le même effet que si le témoin avait prêté serment.

[39] Tout comme le par. 16(3) régissant le témoignage des adultes ayant une déficience intellectuelle, l'art. 16.1 a imposé deux conditions préalables au témoignage des enfants : (1) l'enfant doit être capable de comprendre les questions et d'y répondre (par. 16.1(5)); (2) l'enfant doit promettre de dire la vérité (par. 16.1(6)). Mais, pour contrer l'arrêt *Khan* qui insistait pour que les enfants soient interrogés sur leur compréhension de la nature de l'obligation de dire la vérité, le législateur a énoncé explicitement au par. 16.1(7) qu'« *[a]ucune question sur la compréhension de la nature de la promesse ne peut être posée au témoin en vue de vérifier si son témoignage peut être reçu par le tribunal.* »

[40] The argument is that if Parliament had intended adult witnesses with mental disabilities to be competent to testify simply on the basis of the ability to communicate and the making of a promise, it would have enacted a ban on questioning them on their understanding of the nature of the obligation to tell the truth, as it did for child witnesses under s. 16.1(7). The absence of such a provision, it is said, requires us to draw the inference that Parliament intended that *adult* witnesses with mental disabilities *must* be questioned on the obligation to tell the truth.

[41] First, this argument overlooks the fact that Parliament's concern in enacting the 2005 amendment to the *Canada Evidence Act* was exclusively with children. The changes arose out of the Bala Report on the problems associated with prosecuting crimes against children. The Parliamentary debates on s. 16.1 attest to the fact that the focus of the 2005 amendment was on children, and only children.

[42] Moreover, it is apparent from the Parliamentary works on Bill C-2 that s. 16.1(7) was intended to confirm the existing formal requirement of a promise alone, and not to modify the law: see Appendix B. The record of the standing House of Commons committee which studied Bill C-2 contains a discussion between Joe Comartin and Professor Nicholas Bala, during a debate on the phrasing of s. 16.1(7), which revealed that the original intent of s. 16(3) was to allow children and adults with mental disabilities to testify by merely promising to tell the truth, once they were held to be able to communicate the evidence:

**[Prof. Nicholas Bala:]** . . . the concern I have arises out of the fact that the present legislation has been interpreted very narrowly by judges. When you actually go back through the transcripts — I was actually a witness in 1988, when the provisions came into effect — I think it was thought by people, well, we don't have to be very explicit here, because the judges will get this right.

[40] L'intimé plaide que si le législateur avait voulu que les adultes ayant une déficience intellectuelle soient habiles à témoigner tout simplement s'ils sont capables de communiquer les faits dans leur témoignage en promettant de dire la vérité, il aurait interdit expressément qu'ils soient interrogés sur leur compréhension de la nature de l'obligation de dire la vérité, comme il l'a fait pour les enfants au par. 16.1(7). L'absence d'une telle disposition, prétend-on, nous oblige à déduire que le législateur voulait que les *adultes* ayant une déficience intellectuelle soient *inévitablement* interrogés sur l'obligation de dire la vérité.

[41] Premièrement, cet argument ne tient pas compte du fait que, en adoptant en 2005 les modifications à la *Loi sur la preuve au Canada*, le législateur visait exclusivement les enfants. Les modifications ont été apportées comme suite au rapport Bala traitant des problèmes associés à la poursuite des actes criminels perpétrés contre les enfants. Les débats de la Chambre des communes portant sur l'art. 16.1 attestent que les modifications de 2005 avaient exclusivement trait aux enfants.

[42] En outre, il ressort des travaux parlementaires portant sur le projet de loi C-2 que le par. 16.1(7) visait à confirmer l'exigence formelle existante d'une promesse seulement, et non pas à modifier l'état du droit : voir l'annexe B. On trouve, aux procès-verbaux du comité parlementaire permanent de la Chambre des communes qui a étudié le projet de loi C-2, un échange entre Joe Comartin et le professeur Nicholas Bala survenu au cours d'un débat portant sur la formulation du par. 16.1(7); cet échange révèle que, à l'origine, le par. 16(3) devait permettre aux enfants et aux adultes ayant une déficience intellectuelle de témoigner en ne faisant que promettre de dire la vérité, dès qu'ils étaient jugés capables de communiquer les faits dans leur témoignage :

**[Prof. Nicholas Bala :]** . . . ma préoccupation découle du fait que la loi actuelle a été interprétée de façon très étroite par les juges. Quand on consulte les transcriptions — j'ai été témoin en 1988, quand les dispositions sont entrées en vigueur — je crois que les gens ont pensé : « Eh bien, nous n'avons pas besoin d'être explicites à cet endroit, car les juges comprendront. »

Obviously, on many issues we do have to trust our judiciary, but on certain issues I think it's important to give them as much direction as possible. My concern is that some judge might read this — and we have quite a lot of case law about this — and say, okay, I can't ask you about your understanding of the nature of the promise, but what about asking you questions about truth-telling? Parliament specifically said in subsection 16.1(6) that you'll be required to promise to tell the truth. We can't ask about the nature of the promise, but can we ask you about "truth" and "lie"? [Emphasis added; p. 7.]

(House of Commons, *Evidence of the Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness*, No. 26, 1st Sess., 38th Parl., March 24, 2005)

[43] This view was confirmed by Ms. Catherine Kane, Director of the Policy Centre for Victim Issues of the Department of Justice Canada, during her opening statement to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs:

**[Ms. Catherine Kane:]** ... These amendments were made in 1988 with the purpose of trying to more readily permit children's evidence to be received. However, as the cases have interpreted this provision, we have not seen that ready acceptance of children's evidence.

If these two criteria are met, the child gives evidence under an oath or an affirmation. However, if the child does not understand the nature of the oath or the affirmation but has the ability to communicate the evidence, the evidence is received on a promise to tell the truth. That is the current law. While it may appear quite sensible on its face, the interpretations and practise of these provisions do not reflect Parliament's intention in amending the Evidence in an effort to permit children's evidence to be admitted more readily.

As interpreted by the courts, section 16 requires that before the child is permitted to testify, the child be subjected to an inquiry as to his or her understanding of the obligation to tell the truth, the concept of a promise, and an ability to communicate. [Emphasis added; pp. 105-6.]

(Senate, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional*

Évidemment, nous devons faire confiance à notre magistrature au sujet d'un grand nombre de questions, mais, pour certains enjeux, je crois qu'il est important de les orienter le plus possible. Je crains qu'un juge lise ceci — et nous avons une imposante jurisprudence qui reflète cela — et se dis[e] : « Bon, je ne peux t'interroger pour déterminer si tu comprends la nature de la promesse, mais est-ce que je peux te poser des questions sur le sens de la vérité? » Le Parlement prévoit explicitement, au paragraphe 16.1(6), qu'ils seront tenus de promettre de dire la vérité. On ne peut interroger les enfants sur la nature de la promesse, mais est-ce qu'on peut leur poser des questions sur le sens de « vérité » et de « mensonge »? [Je souligne; p. 7.]

(Chambre des communes, *Témoignages devant le Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile*, nº 26, 1re sess., 38e lég., 24 mars 2005)

[43] Cette opinion a été confirmée par Mme Catherine Kane, directrice du Centre de la politique concernant les victimes du ministère de la Justice du Canada, au cours de sa déclaration d'ouverture devant le Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles :

**[Mme Catherine Kane :]** ... Ces modifications ont été apportées en 1988 pour rendre plus facilement acceptables les témoignages des enfants. Cependant, d'après la manière dont cette disposition a été interprétée dans certains procès, nous n'avons pas encore observé d'acceptation sans réserve de témoignages d'enfants.

Si ces deux critères sont respectés, un enfant témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle. Cependant, si l'enfant ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation mais est capable de communiquer la preuve, celle-ci est reçue sur promesse de dire la vérité. C'est la loi actuelle. Bien que cela puisse paraître logique à première vue, les interprétations et applications de ces dispositions ne reflètent pas l'intention du Parlement de modifier la Loi sur la preuve de manière à ce que les témoignages des enfants soient plus facilement acceptés.

Tel qu'il est interprété par les tribunaux, l'article 16 stipule qu'avant qu'un enfant soit autorisé à témoigner, il doit être assujetti à un interrogatoire pour déterminer son degré d'entendement de l'obligation de dire la vérité et du concept d'une promesse, et ses capacités de communiquer. [Je souligne; p. 105-106.]

(Sénat, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et*

*Affairs*, No. 18, 1st Sess., 38th Parl., July 7, 2005)

Therefore, it cannot be inferred that Parliament's failure to extend the express ban on questioning in s. 16.1(7) to adult witnesses shows an intent to permit such questioning of adult witnesses with mental disabilities.

[44] Second, as already mentioned, the wording of s. 16(3) governing the competence of adult witnesses had since 1987 required only a promise to tell the truth. There was no need for Parliament to add a provision on questioning an adult witness's understanding of the nature of the obligation to tell the truth in s. 16(3). The fact that Parliament did so 18 years later for children's evidence under s. 16.1(7) reflects concern with the fact that courts in children's cases, such as *Khan*, were continuing to engage in this type of questioning, instead of accepting a simple promise to tell the truth. It does not evince an intention that Parliament intended the words "promising to tell the truth" to have different meanings in ss. 16(3) and 16.1(6).

[45] Third, the argument that the enactment of s. 16.1(7) for children but not for adults endorsed as applicable to adult witnesses the earlier judicial interpretation of the provisions relating to children does not take into account s. 45 of the federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which provides:

**45.** (1) [Repeal does not imply enactment was in force] The repeal of an enactment in whole or in part shall not be deemed to be or to involve a declaration that the enactment was previously in force or was considered by Parliament or other body or person by whom the enactment was enacted to have been previously in force.

(2) [Amendment does not imply change in law] The amendment of an enactment shall not be deemed to be or to involve a declaration that the law under that enactment was or was considered by Parliament or other body or person by whom the enactment was enacted to have been different from the law as it is under the enactment as amended.

*constitutionnelles*, nº 18, 1re sess., 38e lég., 7 juillet 2005)

Par conséquent, on ne peut conclure que l'omission du législateur d'appliquer aux adultes l'interdiction explicite de poser des questions qui figure au par. 16.1(7) révèle une intention de permettre que des questions soient posées aux adultes ayant une déficience intellectuelle.

[44] Deuxièmement, comme je l'ai déjà mentionné, le libellé du par. 16(3) régissant l'habilité des adultes à témoigner exigeait uniquement, depuis 1987, une promesse de dire la vérité. Il n'était pas nécessaire que le législateur ajoute au par. 16(3) une disposition interdisant que l'on interroge un adulte pour vérifier s'il comprend la nature de l'obligation de dire la vérité. Le fait que le législateur ait, 18 ans plus tard, ajouté une telle disposition au par. 16.1(7) relativement au témoignage des enfants traduit son inquiétude de voir que, dans les affaires relatives à des enfants, comme l'affaire *Khan*, les tribunaux permettaient toujours ce type d'interrogatoire plutôt que d'accepter une simple promesse de dire la vérité. Cela ne démontre pas que le législateur voulait que les mots « en promettant de dire la vérité » aient des significations différentes au par. 16(3) et au par. 16.1(6).

[45] Troisièmement, l'argument selon lequel l'adoption du par. 16.1(7) relativement aux enfants et non aux adultes a confirmé que l'interprétation judiciaire des dispositions ayant trait aux enfants s'applique aux adultes ne tient pas compte de l'art. 45 de la *Loi d'interprétation* fédérale, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui prévoit ce qui suit :

**45.** (1) [Absence de présomption d'entrée en vigueur] L'abrogation, en tout ou en partie, d'un texte ne constitue pas ni n'implique une déclaration portant que le texte était auparavant en vigueur ou que le Parlement, ou toute autre autorité qui l'a édicté, le considérait comme tel.

(2) [Absence de présomption de droit nouveau] La modification d'un texte ne constitue pas ni n'implique une déclaration portant que les règles de droit du texte étaient différentes de celles de sa version modifiée ou que le Parlement, ou toute autre autorité qui l'a édicté, les considérait comme telles.

(3) [Repeal does not declare previous law] The repeal or amendment of an enactment in whole or in part shall not be deemed to be or to involve any declaration as to the previous state of the law.

(4) [Judicial construction not adopted] A re-enactment, revision, consolidation or amendment of an enactment shall not be deemed to be or to involve an adoption of the construction that has by judicial decision or otherwise been placed on the language used in the enactment or on similar language.

[46] Section 45(3) of the *Interpretation Act* provides that the amendment of an enactment (in this case the adoption of s. 16.1(7)) shall not be deemed to involve any declaration as to the meaning of the previous law (in this case s. 16(3)). Therefore, no inference as to the meaning of s. 16(3) flows from the mere adoption of s. 16.1(7) with respect to children.

[47] Additionally, s. 45(4) of the *Interpretation Act* states that the re-enactment of a provision (in this case, s. 16 with respect to adults with mental disabilities) is not sufficient to infer that Parliament adopted the provision's judicial interpretation which prevailed at the time of the re-enactment. It follows that the fact that s. 16 was re-enacted for adults with mental disabilities in 2005 does not, alone, imply that Parliament intended to countenance the judicial interpretation of this section which required understanding the obligation to tell the truth.

[48] Fourth, the argument that the absence of the equivalent of s. 16.1(7) in s. 16(3) means that adult witnesses with mental disabilities must demonstrate an understanding of the nature of the duty to speak the truth is logically flawed. The argument rests on the premise that s. 16(3), unless amended, requires an inquiry into the witness's understanding of the obligation to tell the truth. On this basis, it asserts that, unless the ban on questioning in s. 16.1(7) dealing with children is read into s. 16(3), such questioning must be conducted. Thus, my colleague Binnie J. states that "[t]he Crown invites us, in effect, to apply the 'don't ask' rule governing

(3) [Absence de déclaration sur l'état antérieur du droit] L'abrogation ou la modification, en tout ou en partie, d'un texte ne constitue pas ni n'implique une déclaration sur l'état antérieur du droit.

(4) [Absence de confirmation de l'interprétation judiciaire] La nouvelle édiction d'un texte, ou sa révision, refonte, codification ou modification, n'a pas valeur de confirmation de l'interprétation donnée, par décision judiciaire ou autrement, des termes du texte ou de termes analogues.

[46] Le paragraphe 45(3) de la *Loi d'interprétation* prévoit que la modification d'un texte (en l'espèce, l'adoption du par. 16.1(7)) ne constitue pas ni n'implique une déclaration sur l'état antérieur du droit (en l'espèce, le par. 16(3)). Ainsi, aucune inférence quant au sens du par. 16(3) ne découle de la simple adoption du par. 16.1(7) relativement aux enfants.

[47] De plus, le par. 45(4) de la *Loi d'interprétation* prévoit que la nouvelle édiction d'une disposition (en l'espèce, l'art. 16 relativement aux adultes ayant une déficience intellectuelle) ne permet pas d'inférer que le législateur a adopté l'interprétation judiciaire de la disposition qui prévalait à l'époque de la nouvelle édiction. Il s'ensuit que le fait que l'art. 16 ait été édicté de nouveau en 2005 en ce qui concerne les adultes ayant une déficience intellectuelle ne donne pas en soi à penser que le législateur voulait favoriser l'interprétation judiciaire de cet article qui exigeait que la personne comprenne l'obligation de dire la vérité.

[48] Quatrièmement, l'argument selon lequel l'absence, au par. 16(3), d'une disposition équivalente au par. 16.1(7) signifie que les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent démontrer qu'ils comprennent la nature de l'obligation de dire la vérité n'est pas logique. Cet argument repose sur l'hypothèse selon laquelle le par. 16(3), s'il n'est pas modifié, exige que l'on vérifie si la personne comprend l'obligation de dire la vérité. Sur ce fondement, on fait valoir que les adultes doivent être interrogés à moins que l'interdiction de poser des questions aux enfants qui figure au par. 16.1(7) ne soit considérée comme incluse au par. 16(3). Ainsi,

children to adults whose mental capacity is challenged" (para. 127).

[49] The fallacy in this argument is the starting assumption that s. 16(3) requires importing a "don't ask" rule. As explained earlier, it does not. Section 16(3) sets two requirements for the competence of adults with mental disabilities: the ability to communicate the evidence and a promise to tell the truth. It is self-sufficient. Nothing further need be imported.

[50] Fifth, and following from the previous point, the argument relies on the assumption that unless it can be shown that adult witnesses with mental disabilities are the same as, or like, child witnesses, adult witnesses with mental disabilities must be treated differently, and subjected to an inquiry into their understanding of the nature of the obligation to tell the truth before they can be held competent to testify. Thus Binnie J. states that before s. 16(3) can be read as importing the "don't ask" rule, it is for the Crown to establish that there is no difference between children and adults with mental disabilities on the test of what reasonable people would accept. He opines that an assertion of equivalency is "pure assertion on a key issue" (para. 130).

[51] There are several answers to this "equivalency" argument. First, like the previous argument, it rests on the mistaken assumption that the Crown asks us to import a "don't ask" rule into s. 16(3). The plain words of s. 16(3) do not require an understanding of the obligation to tell the truth, and it is for the party seeking to depart from the text of s. 16(3) to demonstrate that adults with mental disabilities should be treated differently from children. Second, the argument suffers from inconsistency. It claims that the equivalency of the vulnerabilities of these two groups of witnesses is "pure assertion

selon mon collègue le juge Binnie, « [l]e ministère public nous invite, en réalité, à appliquer aux adultes dont la capacité mentale est mise en question la règle interdisant de poser des questions aux enfants » (par. 127).

[49] Cet argument est fallacieux car il suppose au départ qu'il faut incorporer au par. 16(3) une règle interdisant de poser des questions. Comme je l'ai déjà expliqué, ce n'est pas le cas. Le paragraphe 16(3) énonce deux conditions relatives à l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle : la capacité de communiquer les faits dans leur témoignage et la promesse de dire la vérité. Cette disposition est complète en soi. Il n'y a rien d'autre à y incorporer.

[50] Cinquièmement, et dans la lignée de ce qui précède, l'argument repose sur l'hypothèse voulant que, sauf s'il peut être démontré que les adultes ayant une déficience intellectuelle sont comme les enfants, ou leur ressemblent, alors ils doivent être traités différemment et doivent subir un interrogatoire pour que l'on vérifie, avant de déterminer s'ils sont habiles à témoigner, qu'ils comprennent la nature de l'obligation de dire la vérité. Ainsi, le juge Binnie affirme que, avant que l'on incorpore au par. 16(3) la règle interdisant de poser des questions, le ministère public doit démontrer qu'il n'existe aucune différence entre les enfants et les adultes ayant une déficience intellectuelle selon le critère de ce qu'accepteraient des personnes raisonnables. Il est d'avis qu'une prétention d'équivalence n'est que « pure prétention relativement à une question clé » (par. 130).

[51] Il existe plusieurs façons de répondre à cet argument de l'« équivalence ». Premièrement, à l'instar de l'argument précédent, il repose sur l'hypothèse erronée voulant que le ministère public nous demande d'incorporer au par. 16(3) une règle interdisant de poser des questions. Le libellé explicite du par. 16(3) n'exige pas que la personne comprenne l'obligation de dire la vérité, et il appartient à la partie qui cherche à dévier du texte du par. 16(3) de démontrer que les adultes ayant une déficience intellectuelle doivent être traités différemment des enfants. Deuxièmement, l'argument est incohérent.

on a key issue", but at the same time claims that the previous judge-made law for children (*Khan*) should apply to adult witnesses with mental disabilities. Third, one may question how equivalency, were it needed, should be established: Is the proper approach to competence what reasonable people would conclude, or judicial opinion informed by assessment of the situation and expert opinion?

[52] The final and most compelling answer to the equivalency argument is simply this: When it comes to testimonial competence, precisely what, one may ask, is the difference between an adult with the mental capacity of a six-year-old, and a six-year-old with the mental capacity of a six-year-old? Parliament, by applying essentially the same test to both under s. 16(3) and s. 16.1(3) and (6) of the *Canada Evidence Act*, implicitly finds no difference. In my view, judges should not import one.

[53] I conclude that s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*, properly interpreted, establishes two requirements for an adult with mental disabilities to take the stand: the ability to communicate the evidence and a promise to tell the truth. A further requirement that the witness demonstrate that she understands the nature of the obligation to tell the truth should not be read into the provision.

C. *The Jurisprudence*

[54] I have concluded that s. 16(3), on its plain words and in its context, reveals only two requirements for an adult with mental disabilities to have the capacity to testify: (1) that the witness be able to communicate the evidence, and (2) that the person promise to tell the truth. It is necessary next to consider whether the jurisprudence requires a different result. My colleague Binnie J. argues that the cases, and in particular *Khan*, require that "promising to

D'une part, selon cet argument, l'équivalence entre ces deux groupes de témoins vulnérables n'est que « pure prétention relativement à une question clé », mais d'autre part, toujours selon cet argument, le droit jurisprudentiel relatif aux enfants (*Khan*) devrait s'appliquer aux adultes ayant une déficience intellectuelle. Troisièmement, il faut se demander de quelle façon établir l'équivalence, si elle est nécessaire : la démarche qu'il convient d'adopter à l'égard de l'habilité à témoigner est-elle ce qu'une personne raisonnable pourrait conclure, ou ce que le juge peut conclure en se fondant sur une appréciation de la situation et les opinions d'experts?

[52] La réponse finale, et la plus convaincante, à l'argument de l'équivalence est tout simplement celle-ci : en ce qui concerne l'habilité à témoigner, on peut se demander quelle est la différence, précisément, entre un adulte ayant la capacité mentale d'un enfant de six ans et un enfant de six ans ayant la capacité mentale d'un enfant de six ans. En appliquant essentiellement le même critère aux par. 16(3), 16.1(3) et 16.1(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le législateur conclut implicitement qu'il n'y a aucune différence. Selon moi, les juges ne devraient pas en introduire une.

[53] Je conclus que le par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, interprété correctement, prévoit deux conditions pour qu'un adulte ayant une déficience intellectuelle témoigne : il doit être capable de communiquer les faits dans son témoignage et promettre de dire la vérité. Il n'y a pas lieu d'incorporer à la disposition une condition supplémentaire voulant que la personne démontre qu'elle comprend la nature de l'obligation de dire la vérité.

C. *La jurisprudence*

[54] J'ai conclu que suivant le libellé explicite et le contexte du par. 16(3), seulement deux conditions sont requises pour qu'un adulte ayant une déficience intellectuelle soit habile à témoigner : (1) la personne doit être en mesure de communiquer les faits dans son témoignage, et (2) la personne doit promettre de dire la vérité. Il faut ensuite se demander si la jurisprudence exige un résultat différent. Mon collègue le juge Binnie prétend

tell the truth" in s. 16(3) must be read as impliedly importing an additional requirement — an understanding of the nature of the obligation engaged by the promise. With respect, I cannot agree.

[55] It is necessary at the outset to describe what *Khan* decided. *Khan* was concerned with the predecessor of s. 16, which was first enacted in 1893 (S.C. 1893, c. 31, s. 25) and dealt only with children. The provision required that the proposed witness "understan[d] the duty of speaking the truth". This phrase was deleted when the provision was amended in 1987. Explaining the statutory requirement that the witness must "understan[d] the duty of speaking the truth" in *Khan*, Robins J.A. stated:

> To satisfy the less stringent standards applicable to unsworn evidence, the child need only understand the duty to speak the truth in terms of ordinary everyday social conduct. This can be demonstrated through a simple line of questioning directed to whether the child understands the difference between the truth and a lie, knows that it is wrong to lie, understands the necessity to tell the truth, and promises to do so. [Emphasis added; p. 206.]

[56] This oft-cited statement of the law proved difficult to apply. The first sentence suggests that the threshold for testimonial competence is low, based on truth telling in "everyday social conduct". This suggests that the judge need only be satisfied that the witness understands the difference between truth and falsehood in relation to everyday matters and activities — not in some abstract metaphysical sense. The second sentence in this passage from *Khan*, specifically the phrases "knows that it is wrong to lie" and "understands the necessity to tell the truth" (emphases added), move beyond everyday social conduct into more abstract, philosophical realms. In *obiter*, Robins J.A. opined that the same test should be applied to the post-1987 section, on the grounds that without the requirement

que la jurisprudence, et notamment l'arrêt *Khan*, exige que les mots « en promettant de dire la vérité » qui figurent au par. 16(3) soient interprétés comme incorporant implicitement une condition supplémentaire — que la personne comprenne la nature de l'obligation qui découle de la promesse. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette opinion.

[55] D'entrée de jeu, il est nécessaire d'exposer la décision dans l'arrêt *Khan*. L'arrêt portait sur la disposition antérieure à l'art. 16, adoptée pour la première fois en 1893 (S.C. 1893, ch. 31, art. 25), qui n'avait trait qu'aux enfants. La disposition exigeait du témoin éventuel qu'il « compren[ne] le devoir de dire la vérité ». Ces mots ont été supprimés lorsque la disposition a été modifiée en 1987. Expliquant l'exigence prévue par la loi selon laquelle le témoin doit « comprend[re] le devoir de dire la vérité », le juge Robins de la Cour d'appel a déclaré ce qui suit dans *Khan* :

> [TRADUCTION] Pour satisfaire aux normes moins sévères applicables au témoignage qui n'est pas donné sous serment, il suffit que l'enfant comprenne le devoir de dire la vérité au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne. On peut en faire la preuve par une série de questions simples permettant de déterminer si l'enfant comprend la différence entre la vérité et le mensonge, s'il sait qu'il n'est pas bien de mentir, s'il comprend la nécessité de dire la vérité et promet de le faire. [Je souligne; p. 206.]

[56] L'application de cet énoncé du droit maintes fois cité s'est révélée difficile. La première phrase donne à penser que le critère relatif à l'habilité à témoigner est peu exigeant; il suffit de dire la vérité au sens de la [TRADUCTION] « conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne ». Cela donne à penser que le juge doit simplement être convaincu que le témoin comprend la différence entre la vérité et le mensonge dans le contexte de la vie quotidienne — et non pas dans un contexte métaphysique abstrait. La deuxième phrase figurant dans ce passage tiré de *Khan*, plus précisément les mots « sait qu'il n'est pas bien de mentir » et « comprend la nécessité de dire la vérité » (je souligne), vont plus loin que la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne. Ils relèvent du domaine plus abstrait

that the witness understand what a promise is and the importance of keeping it, the promise would be an "empty gesture".

[57] In *R. v. Farley* (1995), 23 O.R. (3d) 445, the Ontario Court of Appeal adopted this *obiter dictum* and applied it to the post-1987 version of s. 16(3), the provision applicable in this case. Other provincial courts of appeal followed suit: *R. v. P.M.F.* (1992), 115 N.S.R. (2d) 38; *R. v. McGovern* (1993), 82 C.C.C. (3d) 301 (Man.); *R. v. S.M.S.* (1995), 160 N.B.R. (2d) 182. In *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, a minority of this Court, *per* McLachlin J., held that a child was incompetent to testify on the basis of his inability to *communicate* the evidence, referring to *Farley* with approval; the question of whether s. 16(3) incorporated the *Khan* test was not at issue in that case. Appellate courts continue to require demonstration of an understanding of the duty to speak the truth under s. 16(3): *R. v. Ferguson* (1996), 112 C.C.C. (3d) 342 (B.C.); *R. v. Parrott* (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89 (Nfld.); *R. v. A. (K.)* (1999), 137 C.C.C. (3d) 554 (Ont.); *R. v. R.J.B.*, 2000 ABCA 103, 255 A.R. 301; *R. v. Brouillard*, 2006 QCCA 1263, 44 C.R. (6th) 218; *R. v. E.E.D.*, 2007 SKCA 99, 304 Sask. R. 192. In the case at bar, the Ontario Court of Appeal affirmed that view, upholding the trial judge's insistence on the understanding of the duty to speak the truth not merely in "everyday social conduct", but on an understanding of the duty *abstracted* from everyday situations.

[58] This is the first case in which this Court has been squarely called upon to interpret s. 16(3) of the *Canada Evidence Act* and confront the legacy of the *obiter dicta* in *Khan*. In my view, the test proposed in *Khan* is unhelpful and inapplicable, insofar as it is read as requiring or condoning an

de la philosophie. Dans une remarque incidente, le juge Robins a exprimé l'avis que le même critère devrait être appliqué à la disposition adoptée en 1987, car la promesse serait un « geste vide de sens » si l'on n'exigeait pas du témoin qu'il comprenne ce qu'est une promesse et l'importance de la respecter.

[57] Dans l'arrêt *R. c. Farley* (1995), 23 O.R. (3d) 445, la Cour d'appel de l'Ontario a adopté cette remarque incidente et l'a appliquée à la version de 1987 du par. 16(3), la disposition applicable en l'espèce. D'autres cours d'appel provinciales ont emboîté le pas : *R. c. P.M.F.* (1992), 115 N.S.R. (2d) 38; *R. c. McGovern* (1993), 82 C.C.C. (3d) 301 (Man.); *R. c. S.M.S.* (1995), 160 R.N.-B. (2e) 182. Dans *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, la juge McLachlin, au nom des juges minoritaires de la Cour, a cité avec approbation l'arrêt *Farley* pour conclure qu'un enfant était inhabile à témoigner en raison de son incapacité à *communiquer* les faits dans son témoignage; la question de savoir si le par. 16(3) incorporait le critère formulé dans l'arrêt *Khan* n'a pas été soulevée dans cette affaire. Les tribunaux d'appel exigent toujours que la personne démontre qu'elle comprend l'obligation de dire la vérité en vertu du par. 16(3) : *R. c. Ferguson* (1996), 112 C.C.C. (3d) 342 (C.-B.); *R. c. Parrott* (1999), 175 Nfld. & P.E.I.R. 89 (T.-N.); *R. c. A. (K.)* (1999), 137 C.C.C. (3d) 554 (Ont.); *R. c. R.J.B.*, 2000 ABCA 103, 255 A.R. 301; *R. c. Brouillard*, 2006 QCCA 1263, 44 C.R. (6th) 218; *R. c. E.E.D.*, 2007 SKCA 99, 304 Sask. R. 192. En l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé ce point de vue, en approuvant l'accent mis par le juge du procès sur la nécessité pour la personne de comprendre l'obligation de dire la vérité non pas seulement dans la [TRADUCTION] « conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne », mais également que la personne comprenne l'obligation *sans égard* aux situations de tous les jours.

[58] Il s'agit en l'espèce de la première affaire dans laquelle la Cour est directement appelée à interpréter le par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* et est confrontée à l'héritage laissé par les remarques incidentes formulées dans *Khan*. Selon moi, le critère proposé dans *Khan* n'est d'aucune

abstract inquiry into the nature of the obligation to tell the truth.

[59] First and foremost, *Khan* was concerned with a substantially different pre-1987 version of s. 16, which was adopted in 1893 and which explicitly required that the proposed witness "understands the duty of speaking the truth". The current provision requires only that the witness be able to communicate the evidence and promise to tell the truth. It speaks only of two practical, less abstract, requirements — the ability to communicate the evidence and a promise to tell the truth. In short, *Khan* imposed a requirement to demonstrate understanding of the nature of the obligation to tell the truth, based on the phrase "understands the duty of speaking the truth". That phrase has been removed from the current s. 16(3). It follows that *Khan* simply does not apply to this case, and that the *obiter dictum* in *Khan* suggesting that it does should be rejected. In 1987, Parliament deleted the requirement of understanding the nature of the duty to tell the truth. Judges should not bring it back in.

[60] Second, the *Khan* test, as already noted, is ambivalent. It first suggests that all that is required is an understanding of the duty to speak the truth "in terms of ordinary everyday social conduct" (p. 206). However, it then goes on to illustrate this test in terms abstracted from everyday social conduct. In my view, the former approach is preferable.

[61] This lower threshold recognizes that witnesses of limited mental ability, whether by reason of age or disability, understand and articulate events in the concrete terms of the world around them. The capacity to abstract from the concrete and draw generalizations about conduct unrelated to concrete situations typically develops at a later, more advanced stage of mental development. A

utilité et est inapplicable, dans la mesure où il est interprété comme exigeant ou justifiant un interrogatoire dans l'abstrait sur la nature de l'obligation de dire la vérité.

[59] D'abord et avant tout, l'arrêt *Khan* portait sur une version très différente, antérieure à 1987, de l'art. 16. Cette version, adoptée en 1893, exigeait explicitement que le témoin éventuel « compren[ne] le devoir de dire la vérité ». La disposition actuelle exige seulement que la personne soit capable de communiquer les faits dans son témoignage et promette de dire la vérité. Elle n'impose que deux conditions pratiques, moins abstraites — la capacité de communiquer les faits dans son témoignage et une promesse de dire la vérité. En bref, en se fondant sur les mots « comprend le devoir de dire la vérité », la cour dans l'arrêt *Khan* a imposé l'obligation pour la personne de démontrer qu'elle comprend la nature de l'obligation de dire la vérité. Ces mots ont été radiés dans la version actuelle du par. 16(3). Il s'ensuit que l'arrêt *Khan* ne s'applique tout simplement pas en l'espèce et qu'il faut rejeter la remarque incidente formulée dans *Khan* donnant à penser que cet arrêt s'applique toujours. En 1987, le législateur a supprimé l'exigence pour la personne de comprendre la nature de l'obligation de dire la vérité. Les juges ne devraient pas la réintroduire.

[60] Deuxièmement, le critère formulé dans l'arrêt *Khan*, comme je l'ai déjà signalé, est ambivalent. Il laisse d'abord entendre que le par. 16(3) exige seulement une compréhension du devoir de dire la vérité [TRADUCTION] « au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne » (p. 206). Toutefois, il poursuit en décrivant ce critère en termes qui font abstraction de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne. Pour ma part, je préfère la première approche.

[61] Selon ce critère moins exigeant, les personnes ayant une capacité mentale limitée, en raison de leur âge ou d'une incapacité, comprennent concrètement les événements dans le monde qui les entoure et sont en mesure de les décrire. La capacité de considérer les choses dans l'abstrait et de faire des généralisations à propos de comportements non liés à des situations concrètes apparaît

child or adult with mental disabilities may be able to distinguish between what is true and false or right and wrong in a particular situation, yet lack the ability to articulate in general language the reasons for this understanding. To insist on the articulation of the nature of the obligation to tell the truth, abstracted from particular situations, may result in the witness's evidence being excluded, even though it is reliable.

[62] Third, as discussed above, Parliament's response to *Khan*'s insistence on an understanding of the duty to speak the truth in abstract terms and the metaphysical questioning this insistence gave rise to, was to expressly forbid such inquiries in the case of children by enacting s. 16.1(7) in 2005. Why then, one may ask, should courts struggle to read a contrary purpose into the plain language of s. 16, which requires only a concrete inquiry into whether the proposed witness can communicate the evidence and a promise to tell the truth?

[63] I conclude that, insofar as the authorities suggest that "promising to tell the truth" in s. 16(3) should be read as requiring an abstract inquiry into an understanding of the obligation to tell the truth, they should be rejected. All that is required is that the witness be able to communicate the evidence and promise to tell the truth.

D. *Policy Considerations*

[64] I have concluded that s. 16(3) imposes two requirements for the testimonial competence of an adult with mental disabilities: (1) the ability to communicate the evidence; and (2) a promise to tell the truth. It is unnecessary and indeed undesirable to conduct an abstract inquiry into whether the witness generally understands the difference between truth and falsity and the obligation to give true evidence in court. Mentally limited people may well understand the difference between the truth and

généralement à un stade plus avancé du développement mental. Un enfant ou un adulte ayant une déficience intellectuelle peut, dans une situation donnée, être capable de distinguer le vrai du faux, ou le bien du mal, mais ne pas pouvoir formuler en langage ordinaire les raisons de cette compréhension. Insister sur la formulation de la nature de l'obligation de dire la vérité, sans égard à des situations particulières, peut avoir pour conséquence que le témoignage de la personne soit exclu, même s'il est fiable.

[62] Troisièmement, comme je l'ai déjà mentionné, en adoptant le par. 16.1(7) en 2005 en réponse à l'accent mis dans l'arrêt *Khan* sur la compréhension, en termes abstraits, du devoir de dire la vérité et des questions d'ordre métaphysique que cet accent engendrait, le législateur a interdit explicitement ces interrogatoires lorsque des enfants sont en cause. Il faut alors se demander pourquoi les tribunaux s'évertueraient à donner un sens contraire au libellé clair de l'art. 16, lequel oblige seulement le juge à vérifier si, concrètement, le témoin éventuel est capable de communiquer les faits dans son témoignage et s'il promet de dire la vérité.

[63] Je conclus que dans la mesure où les autorités prétendent que les mots « en promettant de dire la vérité » figurant au par. 16(3) devraient être interprétés comme obligeant le juge de s'assurer que la personne comprend, dans l'abstrait, ce qu'est l'obligation de dire la vérité, leurs décisions doivent être rejetées. Tout ce qui est exigé, c'est que le témoin soit capable de communiquer les faits dans son témoignage et qu'il promette de dire la vérité.

D. *Considérations de politique générale*

[64] J'ai conclu que le par. 16(3) impose deux conditions relativement à l'habilité à témoigner d'un adulte ayant une déficience intellectuelle : (1) la capacité de communiquer les faits dans son témoignage et (2) une promesse de dire la vérité. Il n'est ni nécessaire, ni même souhaitable, de poser des questions de nature abstraite à la personne afin de voir si elle comprend d'une manière générale la différence entre la vérité et la fausseté et l'obligation de dire la vérité devant le tribunal. Des

a lie and know they should tell the truth, without being able to articulate in general terms the nature of truth or why and how it fastens on the conscience in a court of law. Section 16(3), in assessing the witness's capacity, focuses on the concrete acts of communicating and promising. The witness is not required to explain the difference between the truth and a lie, or what makes a promise binding. I have argued that this result follows from the plain words of s. 16 of the *Canada Evidence Act*, and that judges should not by implication add other elements to the dual requirements of an ability to communicate evidence and a promise to tell the truth imposed by s. 16(3).

[65] The discussion of the proper interpretation of s. 16(3) of the *Canada Evidence Act* would not be complete, however, without addressing the policy concerns underlying the issue. Two potentially conflicting policies are in play. The first is the social need to bring to justice those who sexually abuse people of limited mental capacity — a vulnerable group all too easily exploited. The second is to ensure a fair trial for the accused and to prevent wrongful convictions.

[66] The first policy consideration is self-evident and requires little amplification. Those with mental disabilities are easy prey for sexual abusers. In the past, mentally challenged victims of sexual offences have been frequently precluded from testifying, not on the ground that they could not relate what happened, but on the ground that they lacked the capacity to articulate in abstract terms the difference between the truth and a lie and the nature of the obligation imposed by promising to tell the truth. As discussed earlier, such witnesses may well be capable of telling the truth and in fact understanding that when they do promise, they should tell the truth. To reject this evidence on the ground that they cannot explain the nature of the

personnes ayant des capacités intellectuelles limitées peuvent bien faire la différence entre la vérité et le mensonge et savoir qu'elles doivent dire la vérité, sans être capables d'énoncer en termes généraux la nature de la vérité ou pourquoi et en quoi cela fait appel à la conscience dans une cour de justice. En ce qui a trait à l'appréciation de la capacité du témoin, le par. 16(3) met l'accent sur les actes concrets que sont la communication et la promesse. Le témoin n'a pas à expliquer la différence entre la vérité et le mensonge, ou ce qui rend une promesse obligatoire. J'ai indiqué que cela découle du libellé explicite de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, et que les juges ne devraient pas ajouter implicitement d'autres éléments aux conditions de capacité de communiquer les faits dans son témoignage et de promesse de dire la vérité qu'impose le par. 16(3).

[65] L'analyse relative à l'interprétation correcte du par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* ne serait toutefois pas complète sans que soient abordées les considérations de politique générale qui sous-tendent cette question. Deux principes susceptibles de s'opposer entrent en jeu. Le premier est le besoin social de traduire en justice ceux qui agressent sexuellement des personnes ayant des capacités mentales limitées — un groupe vulnérable trop facilement exploité. Le deuxième est la nécessité de garantir la tenue d'un procès équitable pour l'accusé et de prévenir les déclarations de culpabilité injustifiées.

[66] La première considération de politique générale va de soi et demande peu de précision. Les personnes ayant une déficience intellectuelle sont des proies faciles pour les agresseurs sexuels. Dans le passé, les victimes d'agressions sexuelles ayant une déficience intellectuelle ont souvent été empêchées de témoigner, non pas parce qu'elles ne pouvaient pas relater ce qui s'était passé, mais parce qu'elles n'étaient pas capables d'exprimer en termes abstraits la différence entre la vérité et le mensonge et la nature de l'obligation qu'impose la promesse de dire la vérité. Comme je l'ai déjà expliqué, ces personnes sont peut-être capables de dire la vérité et, en fait, de comprendre que lorsqu'elles promettent de dire la vérité, elles doivent dire la vérité.

obligation to tell the truth in philosophical terms that even those possessed of normal intelligence may find challenging is to exclude reliable and relevant evidence and make it impossible to bring to justice those charged with crimes against the mentally disabled.

[67] The inability to prosecute such crimes and see justice done, whatever the outcome, may be devastating to the family of the alleged victim, and to the victim herself. But the harm does not stop there. To set the bar too high for the testimonial competence of adults with mental disabilities is to permit violators to sexually abuse them with near impunity. It is to jeopardize one of the fundamental desiderata of the rule of law: that the law be enforceable. It is also to effectively immunize an entire category of offenders from criminal responsibility for their acts and to further marginalize the already vulnerable victims of sexual predators. Without a realistic prospect of prosecution, they become fair game for those inclined to abuse.

[68] What then of the policy considerations on the other side of the equation? Here again, the starting point is clear. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees a fair trial to everyone charged with a crime. This right cannot be abridged; an unfair trial can never be condoned.

[69] It is neither necessary nor wise to enter on the vast subject of what constitutes a fair trial. One searches in vain for exhaustive definitions in the jurisprudence. Rather, the approach taken in the jurisprudence is to ask whether particular rules or occurrences render a trial unfair. It is from that perspective that we must approach this issue in this case.

Rejeter leur témoignage au motif qu'elles ne peuvent pas expliquer en termes philosophiques la nature de l'obligation de dire la vérité, ce que même les personnes ayant une intelligence normale peuvent avoir de la difficulté à faire, équivaut à écarter des témoignages fiables et pertinents et à empêcher que soient traduits en justice des auteurs de crimes contre des personnes ayant une déficience intellectuelle.

[67] L'incapacité d'intenter des poursuites relativement à ces crimes afin que justice soit faite, quelle que soit l'issue de la cause, peut avoir un effet dévastateur pour la famille de la victime, et pour la victime elle-même. Mais le préjudice ne s'arrête pas là. En fixant des critères trop exigeants relativement à l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle, on permet à des contrevenants d'agresser sexuellement ces personnes presque impunément, ce qui compromet l'un des *desiderata* fondamentaux de la règle de droit, à savoir que la loi doit être susceptible d'application. Ainsi, une catégorie entière de contrevenants se trouvent dégagés de toute responsabilité criminelle relativement à leurs actes et l'on marginalise davantage les victimes déjà vulnérables des prédateurs sexuels. À défaut de véritables possibilités que des poursuites soient intentées, ces victimes sont laissées sans défense face à leurs agresseurs.

[68] Qu'en est-il alors des considérations de politique générale relatives à l'autre aspect de l'équation? Là encore, le point de départ est clair. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit la tenue d'un procès équitable à toute personne accusée d'un acte criminel. Ce droit ne peut pas être enfreint; un procès inéquitable n'est jamais acceptable.

[69] Il n'est ni nécessaire ni sage d'aborder le vaste sujet de ce qui constitue un procès équitable. On cherchera en vain des définitions exhaustives dans la jurisprudence. L'approche retenue par les tribunaux consiste plutôt à déterminer si des règles ou des faits particuliers rendent un procès inéquitable. C'est dans cette optique qu'il nous faut aborder ce sujet en espèce.

[70] The question is this: Does allowing an adult witness with mental disabilities to testify when the witness can communicate the evidence and promises to tell the truth render a trial unfair? In my view, the answer to this question is no.

[71] The common law, upon which our current rules of evidence are founded, recognized a variety of rules governing the capacity to testify in different circumstances. The golden thread uniting these varying and different rules is the principle that the evidence must meet a minimal threshold or reliability as a condition of being heard by a judge or jury. Generally speaking, this threshold of reliability is met by establishing that the witness has the capacity to understand and answer the questions put to her, and by bringing home to the witness the need to tell the truth by securing an oath, affirmation or promise. There is no guarantee that any witness — even those of normal intelligence who can take the oath or affirm — will in fact tell the truth, all the truth, or nothing but the truth. What the trial process seeks is merely a basic indication of reliability.

[72] Many cases, including *Khan*, have warned against setting the threshold for the testimonial competence too high for adults with mental disabilities: *R. v. Caron* (1994), 72 O.A.C. 287; *Farley*; *Parrott*. This reflects the fact that such witnesses may be capable of giving useful, relevant and reliable evidence. It also reflects the fact that allowing the witness to testify is only the first step in the process. The witness's evidence will be tested by cross-examination. The trier of fact will observe the witness's demeanour and the way she answers the questions. The result may be that the trier of fact does not accept the witness's evidence, accepts only part of her evidence, or reduces the weight accorded to her evidence. This is a task that judges and juries perform routinely in a myriad of cases involving witnesses of unchallenged as well as challenged mental ability.

[70] La question est la suivante : le fait de permettre à une personne adulte ayant une déficience intellectuelle de témoigner lorsqu'elle peut communiquer les faits dans son témoignage et qu'elle promet de dire la vérité rend-il un procès inéquitable? Selon moi, il faut répondre non à cette question.

[71] La common law, le fondement de nos règles de preuve actuelles, prévoit diverses règles régissant l'habilité à témoigner dans différentes circonstances. Le fil d'or qui unit ces règles différentes et variables est le principe selon lequel le témoignage doit satisfaire à un seuil minimal de fiabilité pour qu'il soit présenté à un juge ou un jury. En règle générale, ce seuil de fiabilité est satisfait s'il est établi que le témoin a la faculté de comprendre les questions qui lui sont posées et d'y répondre, et si le témoin comprend qu'après avoir prêté serment ou fait une promesse ou une affirmation solennelle, il doit dire la vérité. Rien ne garantit qu'un témoin — même un témoin doué d'une intelligence normale qui peut prêter serment ou faire une affirmation solennelle — dira vraiment la vérité, toute la vérité et rien que la vérité. On recherche simplement dans le cadre du procès un indice élémentaire de fiabilité.

[72] De nombreuses décisions, notamment l'arrêt *Khan*, ont mis en garde contre le danger de fixer des exigences trop élevées relativement à l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle : *R. c. Caron* (1994), 72 O.A.C. 287; *Farley*; *Parrott*. Cela traduit le fait que ces personnes peuvent être capables de rendre un témoignage utile, pertinent et fiable, et qu'en leur permettant de témoigner, elles franchissent seulement la première étape du processus. La déposition du témoin sera vérifiée par contre-interrogatoire. Le juge des faits examinera le comportement du témoin et sa façon de répondre aux questions. Il peut arriver que le juge des faits écarte la déposition de cette personne, qu'il ne la retienne qu'en partie ou qu'il y accorde une importance moindre. Il s'agit d'une tâche que les juges et les jurés effectuent couramment dans d'innombrables affaires mettant en cause des témoins dont les capacités mentales peuvent être, ou ne pas être, mises en question.

[73] The requirement that the witness be able to communicate the evidence and promise to tell the truth satisfies the low threshold for competence in cases such as this. Once the witness is allowed to testify, the ultimate protection of the accused's right to a fair trial lies in the rules governing admissibility of evidence and in the judge's or jury's duty to carefully assess and weigh the evidence presented. Together, these additional safeguards offer ample protection against the risk of wrongful conviction.

E. *Summary of the Section 16(3) Test*

[74] To recap, s. 16(3) of the *Canada Evidence Act* imposes two conditions for the testimonial competence of adults with mental disabilities:

(1) the witness must be able to communicate the evidence; and

(2) the witness must promise to tell the truth.

Inquiries into the witness's understanding of the nature of the obligation this promise imposes are neither necessary nor appropriate. It is appropriate to question the witness on her ability to tell the truth in concrete factual circumstances, in order to determine if she can communicate the evidence. It is also appropriate to ask the witness whether she in fact promises to tell the truth. However, s. 16(3) does not require that an adult with mental disabilities demonstrate an understanding of the nature of the truth *in abstracto*, or an appreciation of the moral and religious concepts associated with truth telling.

[75] The following observations may be useful when applying s. 16(3) in the context of s. 16 of the *Canada Evidence Act*.

[76] First, the *voir dire* on the competence of a proposed witness is an independent inquiry: it may

[73] La prescription selon laquelle le témoin doit être capable de communiquer les faits dans son témoignage et doit promettre de dire la vérité satisfait au seuil peu exigeant relatif à l'habilité à témoigner dans les cas comme celui en l'espèce. Dès lors que la personne est autorisée à témoigner, la protection du droit de l'accusé à un procès équitable repose ultimement sur les règles régissant l'admissibilité de la preuve et sur l'obligation du juge ou du jury d'examiner et d'apprécier soigneusement la preuve. Ensemble, ces mesures de sauvegarde supplémentaires offrent une protection adéquate contre le risque de déclaration de culpabilité injustifiée.

E. *Résumé du critère prévu au par. 16(3)*

[74] Pour résumer, le par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* impose deux conditions relativement à l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle :

(1) la personne doit être capable de communiquer les faits dans son témoignage;

(2) la personne doit promettre de dire la vérité.

Il n'est ni nécessaire ni opportun de vérifier si la personne comprend la nature de l'obligation que cette promesse comporte. Il convient de poser à la personne des questions sur son aptitude à dire la vérité dans des circonstances factuelles concrètes, afin de déterminer si elle peut communiquer les faits dans son témoignage. Il convient également de demander à la personne si elle promet de dire la vérité. Toutefois, le par. 16(3) n'exige pas qu'un adulte ayant une déficience intellectuelle démontre qu'il comprend la nature de la vérité *in abstracto* ou qu'il comprend les concepts moraux et religieux liés au devoir de dire la vérité.

[75] Les observations suivantes peuvent être utiles lorsqu'il s'agit d'appliquer le par. 16(3) dans le contexte de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

[76] Premièrement, le voir-dire relatif à l'habilité à témoigner d'un témoin éventuel constitue une

not be combined with a *voir dire* on other issues, such as the admissibility of the proposed witness's out-of-court statements.

[77] Second, although the *voir dire* should be brief, it is preferable to hear all available relevant evidence that can be reasonably considered before preventing a witness to testify. A witness should not be found incompetent too hastily.

[78] Third, the primary source of evidence for a witness's competence is the witness herself. Her examination should be permitted. Questioning an adult with mental disabilities requires consideration and accommodation for her particular needs; questions should be phrased patiently in a clear, simple manner.

[79] Fourth, the members of the proposed witness's surrounding who are personally familiar with her are those who best understand her everyday situation. They may be called as fact witnesses to provide evidence on her development.

[80] Fifth, expert evidence may be adduced if it meets the criteria for admissibility, but preference should always be given to expert witnesses who have had personal and regular contact with the proposed witness.

[81] Sixth, the trial judge must make two inquiries during the *voir dire* on competence: (a) does the proposed witness understand the nature of an oath or affirmation, and (b) can she communicate the evidence?

[82] Seventh, the second inquiry into the witness's ability to communicate the evidence requires the trial judge to explore in a general way whether she can relate concrete events by understanding and responding to questions. It may be useful to

enquête indépendante : il ne peut être combiné à un voir-dire relatif à d'autres questions, comme celui de l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires du témoin éventuel.

[77] Deuxièmement, un voir-dire devrait être bref, mais il est préférable d'entendre toute la preuve pertinente disponible pouvant raisonnablement être prise en considération avant d'empêcher une personne de témoigner. Il ne faut pas conclure trop rapidement à l'inhabilité d'une personne à témoigner.

[78] Troisièmement, la source principale de preuve lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est habile à témoigner est la personne elle-même. Son interrogatoire devrait être autorisé. Pour interroger un adulte ayant une déficience intellectuelle, il faut tenir compte de ses besoins particuliers et prendre les mesures d'adaptation qui s'imposent; les questions devraient être formulées patiemment, de façon claire et simple.

[79] Quatrièmement, les personnes de l'entourage qui connaissent personnellement le témoin éventuel sont les mieux placées pour comprendre son état quotidien. Elles peuvent être appelées, à titre de témoins des faits, à témoigner sur son développement.

[80] Cinquièmement, une preuve d'expert peut être produite si elle satisfait aux critères d'admissibilité; on préfère cependant toujours le témoignage d'experts ayant eu un contact personnel et régulier avec le témoin éventuel.

[81] Sixièmement, le juge du procès doit répondre à deux questions durant le voir-dire relatif à l'habilité à témoigner : a) le témoin éventuel comprend-il la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, et b) est-il capable de communiquer les faits dans son témoignage?

[82] Septièmement, pour répondre à la deuxième question relative à la capacité de la personne de communiquer les faits dans son témoignage, le juge du procès doit vérifier de façon générale si la personne est capable de relater des faits concrets en

ask if she can differentiate between true and false everyday factual statements.

[83] Finally, the witness testifies under oath or affirmation if she passes both parts of the test, and on promising to tell the truth if she passes the second part only.

III. Application

[84] During the *voir dire* on K.B.'s testimonial capacity, the Crown posed a line of questions going to whether she could tell the difference between true and false factual statements in concrete circumstances. These were relevant to K.B.'s basic ability to communicate the evidence:

**MR. SEMENOFF:**

**Q.** How old are you now, [K.B.]?

**A.** I'm 22, you know that.

**Q.** 22? When's your birthday?

**A.** [Birth date].

**Q.** [Birth date]. Are you going to school now or are you done with school?

**A.** I'm not done in school yet.

**Q.** What school do you go to, [K.B.]?

**A.** [Name of school].

**Q.** How long -- do you know how long you've been going to [name of school]?

**A.** I don't know.

**Q.** Did you go to any school before you went to [name of school]?

**A.** From [name of previous school].

**Q.** From [name of previous school]. Okay.

comprenant les questions qui lui sont posées et en y répondant. Il peut être utile de se demander si la personne est en mesure de différencier entre de vraies et de fausses affirmations factuelles de tous les jours.

[83] Finalement, la personne peut témoigner sous serment ou affirmation solennelle si elle satisfait aux deux volets du critère. Si elle satisfait uniquement au deuxième volet du critère, elle peut témoigner en promettant de dire la vérité.

III. Application

[84] Au cours du voir-dire relatif à l'habilité de K.B. à témoigner, le ministère public a posé à K.B. une série de questions en vue de déterminer si elle pouvait dire la différence entre de vraies et de fausses affirmations factuelles dans des situations concrètes. Ces questions étaient pertinentes quant à la faculté élémentaire de K.B. à communiquer les faits dans son témoignage :

[TRADUCTION]

**M. SEMENOFF :**

**Q.** Quel âge as-tu actuellement, [K.B.]?

**R.** J'ai 22 ans, vous le savez.

**Q.** 22 ans? Quelle est ta date de naissance?

**R.** [Date de naissance].

**Q.** [Date de naissance]. Est-ce que tu vas présentement à l'école ou que tu as terminé tes études?

**R.** Je n'ai pas terminé mes études.

**Q.** À quelle école vas-tu, [K.B.]?

**R.** [Nom de l'école].

**Q.** Depuis combien de temps -- sais-tu depuis combien de temps tu vas à [nom de l'école]?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** Es-tu allée à une autre école avant d'aller à [nom de l'école]?

**R.** [Nom de l'autre école].

**Q.** [Nom de l'autre école]. D'accord.

Did you have a teacher from that school, a Ms. [W.]?

**A.** Ms. [R.].

**Q.** Oh, [R.]. Okay. And I call her Ms. [W.], do you know what her name is, is it [R.] or is it Ms. [W.]?

**A.** [R.].

**Q.** Okay.

. . .

**Q.** [K.B.], if I were to tell you that the room that we're in that the walls in the room are black[,] would that be a truth or a lie, [K.B.]?

**A.** A lie.

**Q.** Why would it be a lie?

**A.** It's different colours in here.

**Q.** There are different colours in here. What colour are the walls?

**A.** Purple.

**Q.** Purple. Okay. If I were to tell you that the gown that I'm wearing that that is black, would that be a truth or a lie?

**A.** The truth.

**Q.** And why is that?

**A.** I don't know.

**Q.** You don't know. Is it a good thing or a bad thing to tell the truth?

**A.** Good thing.

**Q.** Is it a good thing or a bad thing to tell a lie?

**A.** Bad thing.

(A.R., vol. I, at pp. 111-13)

However, the trial judge went on to question K.B. on her understanding of the meaning of truth, religious concepts, and the consequences of lying.

**[THE COURT:]**

**[Q.]** Do you go to church, [K.B.]?

**A.** No.

As-tu eu dans cette école une enseignante du nom de M^me^ [W.]?

**R.** M^me^ [R.].

**Q.** Oh, [R.]. D'accord. Et je l'appelle M^me^ [W.], sais-tu quel est son nom, est-ce [R.], est-ce M^me^ [W.]?

**R.** [R.].

**Q.** D'accord.

. . .

**Q.** [K.B.], si je te disais que la pièce où nous nous trouvons, les murs de cette pièce sont noirs, s'agit-il de la vérité ou d'un mensonge, [K.B.]?

**R.** Un mensonge.

**Q.** Pourquoi est-ce un mensonge?

**R.** Les couleurs sont différentes ici.

**Q.** Les couleurs sont différentes ici. De quelle couleur sont les murs?

**R.** Mauve.

**Q.** Mauve. D'accord. Si je te disais que la toge que je porte présentement est noire, s'agirait-il de la vérité ou d'un mensonge?

**R.** De la vérité.

**Q.** Et pourquoi donc?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** Tu ne sais pas. Est-il bon ou mauvais de dire la vérité?

**R.** C'est bon.

**Q.** Est-il bon ou mal de dire un mensonge?

**R.** C'est mal.

(d.a., vol. I, p. 111-113)

Toutefois, le juge du procès a poursuivi en posant à K.B. des questions sur sa compréhension de la vérité, sur des concepts religieux et sur les conséquences que comporte le mensonge.

**[LA COUR :]**

**[Q.]** Vas-tu à l'église, [K.B.]?

**R.** Non.

**Q.** No. Have you ever been taught about God or anything like that?

**A.** No.

**Q.** No? All right. What happens if you steal something?

**A.** I don't know.

**Q.** You don't know. If you steal something and no one sees it, will anything happen to you? Nothing will happen. Why won't anything happen?

**A.** I don't know.

**Q.** You don't know. Tell me what you think about the truth.

**A.** I don't know.

**Q.** You don't know. All right. Is it important to tell the truth?

**A.** I don't know.

**Q.** You don't know. Tell me what a promise is when you make a --

**A.** I don't know.

**Q.** -- promise. What's a promise?

**A.** I don't know.

**Q.** You don't know what a promise is. Okay. Have you ever been in court before?

**A.** Once.

**Q.** Once? And do you think it's an important thing to be in court?

**A.** I don't know.

**Q.** You don't know. All right. Do you know what an oath is, to take an oath?

**A.** I don't know.

**Q.** No. Do you have any idea what it means to tell the truth?

**A.** I don't know.

**Q.** You don't know. If you tell a lie does anything happen to you? Nothing happens.

**A.** No.

**Q.** Non. Est-ce qu'on t'a déjà parlé de Dieu ou de quelque chose du genre?

**R.** Non.

**Q.** Non? D'accord. Qu'est-ce qui se passe si tu voles quelque chose?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** Tu ne sais pas. Si tu voles quelque chose et que personne ne te voit, est-ce qu'il arrivera quelque chose? Il n'arrivera rien. Pourquoi est-ce qu'il n'arrivera rien?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** Tu ne sais pas. Dis-moi ce que tu penses de la vérité.

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** Tu ne sais pas. Très bien. Est-il important de dire la vérité?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** Tu ne sais pas. Dis-moi ce qu'est une promesse lorsque tu --

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** -- promets. Qu'est-ce qu'une promesse?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** Tu ne sais pas ce qu'est une promesse. D'accord. Es-tu déjà allée devant un tribunal?

**R.** Une fois.

**Q.** Une fois? Et crois-tu qu'être devant un tribunal est une chose importante?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** Tu ne sais pas. Très bien. Sais-tu ce qu'est un serment, ce que veut dire prêter serment?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** Non. Sais-tu ce que signifie dire la vérité?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** Tu ne sais pas. Si tu dis un mensonge, est-ce qu'il arrive quelque chose? Il n'arrive rien.

**R.** Non.

. . .

. . .

**[THE COURT:]**

**[Q.]** Do you know why you're here today?

**A.** I don't know. To talk about [D.A.I.].

**Q.** Yes, and do you think that's really important?

**A.** Maybe yeah.

**Q.** Maybe yeah? Remember earlier I was asking you about a promise?

**A.** No.

**Q.** Have you ever made a promise to anybody?

**A.** I don't know.

**Q.** That you promised you'll be good, did you ever say that? Have you ever heard that expression "I promise to be good, mommy"?

**A.** Okay.

**Q.** All right. So do you know what a promise is, that you're going to do something the right way? Do you understand that?

**A.** Okay.

**Q.** Can you tell me whether you understand that, [K.B.]?

**A.** I don't know.

**Q.** Does anything happen if you break a promise?

**A.** I don't know.

**Q.** You told me you don't go to church, right?

**A.** Right.

**Q.** And no one has ever told you about God; is that correct? No one has ever told you about God?

**A.** No.

**Q.** Has anyone ever told you that if you tell big lies you'll go to jail?

**A.** Right.

**Q.** If you tell big lies will you go to jail?

**A.** No.

(*Ibid.*, at pp. 117-19 and 155-56)

**[LA COUR :]**

**[Q.]** Sais-tu pourquoi tu es ici aujourd'hui?

**R.** Je ne sais pas. Pour parler de [D.A.I.].

**Q.** Oui, et penses-tu que ce soit vraiment important?

**R.** Peut-être, oui.

**Q.** Peut-être oui? Te souviens-tu, plus tôt, quand je t'ai posé des questions à propos d'une promesse?

**R.** Non.

**Q.** As-tu déjà fait une promesse à quelqu'un?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** As-tu déjà promis d'être gentille, as-tu déjà dit cela? As-tu déjà entendu l'expression « je promets d'être gentille, maman »?

**R.** D'accord.

**Q.** Très bien. Alors, sais-tu ce qu'est une promesse, que tu vas agir de la bonne façon? Comprends-tu?

**R.** D'accord.

**Q.** Peux-tu me dire si tu comprends ça, [K.B.]?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** Est-ce qu'il arrive quelque chose si tu ne tiens pas une promesse?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** Tu m'as dit que tu ne vas pas à l'église, n'est-ce pas?

**R.** Exact.

**Q.** Et personne ne t'a jamais parlé de Dieu; est-ce exact? Personne ne t'a jamais parlé de Dieu?

**R.** Non.

**Q.** Est-ce qu'on t'a jamais dit que si tu dis de gros mensonges, tu vas aller en prison?

**R.** Exact.

**Q.** Si tu dis de gros mensonges, tu vas aller en prison?

**R.** Non.

(*Ibid.*, p. 117-119 et 155-156)

[85] As these passages demonstrate, the trial judge was not satisfied with the Crown's questions on K.B.'s ability to recount events and distinguish between telling the truth and lying in concrete, real-life situations. He went on to question her on the nature of truth, religious obligations and the consequences of failing to tell the truth. Because K.B. was unable to satisfactorily answer these more abstract questions, he ruled that she could not be allowed to promise to tell the truth and refused to allow her to testify.

[86] This ruling was based on an erroneous interpretation of s. 16(3), which the trial judge read as requiring an understanding of the duty to speak the truth. Hence, K.B. was precluded from testifying on promising to tell the truth. The trial judge summed up his conclusions as follows:

> Having questioned [K.B.] at length I am fully satisfied that [K.B.] has not satisfied the prerequisite that she understands the duty to speak to the truth. She cannot communicate what truth involves or what a lie involves, or what consequences result from truth or lies, and in such circumstances, quite independent of the evidence of [Dr. K.], I am not satisfied that she can be permitted to testify under a promise to tell the truth. [Emphasis added; *ibid.*, at p. 3.]

[87] The fatal error of the trial judge is that he did not consider the second part of the test under s. 16. He failed to inquire into whether K.B. had the ability to communicate the evidence under s. 16(3), insisting instead on an understanding of the duty to speak the truth that is not prescribed by s. 16(3). This error, an error of law, led him to rule K.B. incompetent and hence to the total exclusion of her evidence from the trial. This fundamental error vitiated the trial.

[88] This fundamental flaw in the trial cannot be rectified by comments made by the trial judge at other points in the trial or by the doctrine of deference. My colleague Binnie J. suggests that the trial judge's comments during the *voir dire* and hearing on hearsay admissibility (paras. 136, 138 and 139)

[85] Comme le montrent ces passages de l'interrogatoire, le juge du procès n'était pas satisfait des questions posées par le ministère public relativement à la capacité de K.B. de relater des événements et de faire la distinction entre dire la vérité et mentir dans des situations concrètes. Il lui a ensuite posé des questions sur la nature de la vérité, les obligations religieuses et les conséquences découlant du fait de ne pas dire la vérité. Comme K.B. était incapable de répondre de manière satisfaisante à ces questions plus abstraites, il a statué qu'il ne pouvait lui demander de promettre de dire la vérité et a refusé de l'autoriser à témoigner.

[86] Cette conclusion reposait sur une interprétation erronée du par. 16(3) qui, selon le juge du procès, exige une compréhension du devoir de dire la vérité. K.B. n'a donc pas été autorisée à témoigner en promettant de dire la vérité. Le juge du procès a résumé ses conclusions comme suit :

> [TRADUCTION] Après avoir longuement interrogé [K.B.], je suis entièrement convaincu que [K.B.] n'a pas satisfait à la condition préalable voulant qu'elle comprenne le devoir de dire la vérité. Elle est incapable de dire ce que comportent la vérité et le mensonge, ou de dire ce que sont les conséquences découlant de la vérité ou de mensonges. Dans de telles circonstances, tout à fait indépendantes de la déposition du [Dr K.], je ne suis pas convaincu qu'elle peut être autorisée à témoigner en promettant de dire la vérité. [Je souligne; *ibid.*, p. 3.]

[87] Le juge du procès a commis une erreur fatale en n'examinant pas le deuxième volet du critère établi à l'art. 16. Il n'a pas vérifié si, conformément au par. 16(3), K.B. était en mesure de communiquer les faits dans son témoignage et a insisté plutôt sur la nécessité qu'elle comprenne le devoir de dire la vérité, ce que n'exige pas le par. 16(3). Cette erreur, une erreur de droit, l'a amené à conclure que K.B. n'était pas habile à témoigner et à exclure complètement son témoignage du procès. Cette erreur fondamentale a vicié le procès.

[88] Des commentaires formulés par le juge du procès à d'autres étapes de l'instruction ou le principe de la déférence judiciaire ne peuvent corriger ce vice fondamental. Mon collègue le juge Binnie laisse entendre que les commentaires émis par le juge du procès durant le voir-dire et l'audience sur

support his conclusion on the earlier *voir dire* that K.B. was not competent to testify under s. 16(3). However, it is difficult to see how subsequent comments in the course of dealing with other issues could rehabilitate the trial judge's erroneous application of the requirements for competence under s. 16. The *voir dire* on competence and the *voir dire* on the admissibility of hearsay evidence were two different inquiries. The evidence of Ms. W., on which the trial judge relied in making the comments regarding hearsay, was not before the trial judge when he ruled K.B. incompetent to testify. Moreover, the threshold of reliability for hearsay evidence differs from the threshold ability to communicate the evidence for competence; a ruling on testimonial capacity cannot be subsequently justified by comments in a ruling on hearsay admissibility. Had the competence hearing been properly conducted, this might have changed the balance of the trial, including the hearing (if any) on hearsay admissibility. The trial judge's fundamental error in the s. 16 inquiry on competence cannot be corrected by speculation based on comments made in a different inquiry.

[89] Nor does the ruling that K.B. was incompetent, based as it was on a misstatement of the legal test under s. 16(3), attract deference. This amounted to an error of law, to be judged on a standard of correctness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 26-37. The defect in the trial judge's ruling cannot, in my view, be cured.

[90] I would allow the appeal, set aside the acquittal, and direct a new trial.

l'admissibilité de la preuve par ouï-dire (par. 136, 138 et 139) appuient la conclusion qu'il a tirée au voir-dire précédent, conclusion selon laquelle K.B. n'était pas habile à témoigner aux termes du par. 16(3). Il est toutefois difficile de voir comment des commentaires émis subséquemment par le juge du procès alors qu'il traitait d'autres questions pourraient remédier à une application erronée par celui-ci des exigences prévues à l'art. 16 relativement à l'habilité à témoigner. Le voir-dire relatif à l'habilité à témoigner et le voir-dire relatif à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire constituaient deux enquêtes différentes. Le juge du procès ne disposait pas du témoignage de M^me^ W. — sur lequel il s'est fondé pour formuler les commentaires concernant le ouï-dire — lorsqu'il a jugé que K.B. n'était pas habile à témoigner. De plus, le seuil de fiabilité applicable à la preuve par ouï-dire diffère du seuil de la capacité à communiquer les faits dans un témoignage, applicable à l'habilité à témoigner; une conclusion sur l'habilité d'une personne à témoigner ne peut être justifiée après coup par des commentaires émis dans une décision sur l'admissibilité d'une preuve par ouï-dire. La tenue d'une audience régulière sur l'habilité à témoigner aurait peut-être modifié l'équilibre du procès, y compris l'audience (le cas échéant) sur l'admissibilité de la preuve par ouï-dire. On ne peut corriger l'erreur fondamentale commise par le juge du procès dans l'enquête relative à l'habilité à témoigner prévue à l'art. 16 en se fondant sur des conjectures tirées de commentaires formulés dans une enquête différente.

[89] La conclusion selon laquelle K.B. n'était pas habile à témoigner, fondée sur une mauvaise formulation du critère juridique applicable aux termes du par. 16(3), ne commande pas non plus la déférence. Il s'agissait là d'une erreur de droit devant être examinée selon la norme de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 26-37. Ce vice dans la décision de première instance ne peut, à mon avis, être corrigé.

[90] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'acquittement et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

The reasons of Binnie, LeBel and Fish JJ. were delivered by

[91] BINNIE J. (dissenting) — I agree with the Chief Justice that, in this case, "[t]wo potentially conflicting policies are in play", the first being to "bring to justice" those accused of sexual abuse and the second being "to ensure a fair trial for the accused and to prevent wrongful convictions" (para. 65). In my view, by turning Parliament's direction permitting a person "whose mental capacity is challenged" to testify only "on promising to tell the truth" into an empty formality — a mere mouthing of the words "I promise" without any inquiry as to whether the promise has any significance to the potential witness — the majority judgment unacceptably dilutes the protection Parliament intended to provide to accused persons.

[92] I prefer the contrary interpretation of s. 16(3) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, expressed by our Chief Justice herself in her concurring judgment in *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, where, as McLachlin J., drawing a distinction between "the ability to communicate the evidence and the ability to promise to tell the truth" (para. 25), wrote:

> The only inference that can be drawn from this evidence is that while [the potential witness] Ryan understood the difference between what is "so" and "not so", he had no conception of any moral obligation to say what is "right" or "so" in giving evidence or otherwise. In these circumstances, no judge could reasonably have concluded that Ryan was able to promise to tell the truth. [Emphasis added; para. 27.]

McLachlin J.'s views on the requirements of s. 16(3) were not disagreed with by the majority, and indeed on this point she simply reflected the Court's earlier unanimous opinion in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, at pp. 537-38.

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel et Fish rendus par

[91] LE JUGE BINNIE (dissident) — Je souscris à l'opinion de la Juge en chef selon laquelle, en l'espèce, « [d]eux principes susceptibles de s'opposer entrent en jeu » (par. 65). Le premier consiste à « traduire en justice » les personnes accusées d'agression sexuelle, et le deuxième vise à « garantir la tenue d'un procès équitable pour l'accusé et [à] prévenir les déclarations de culpabilité injustifiées » (*ibid.*). Selon moi, en transformant la directive du législateur, qui permet à une personne « dont la capacité mentale est mise en question » de témoigner « en promettant de dire la vérité », en une formalité vide de sens — le témoin éventuel ne fait que prononcer les mots « je promets » sans que l'on vérifie s'il accorde quelque importance à sa promesse — les juges majoritaires diluent de façon inacceptable la protection que le législateur voulait accorder aux accusés.

[92] Je préfère l'interprétation contraire du par. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, que notre Juge en chef elle-même a énoncée dans ses motifs concordants dans *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, où, alors juge puînée, elle a établi une distinction entre la « capacité de communiquer les faits dans son témoignage et celle de promettre de dire la vérité » (par. 25); elle a écrit ce qui suit :

> La seule inférence que l'on peut tirer de ce témoignage est que même si [le témoin éventuel] Ryan comprenait la différence entre ce qui était « exact » et « pas exact », il n'avait aucune idée de l'obligation morale de dire ce qui est « vrai » ou « exact » lorsqu'on témoigne ou dans d'autres situations. Dans ces circonstances, aucun juge n'aurait pu raisonnablement conclure que Ryan était capable de promettre de dire la vérité. [Je souligne; par. 27.]

Dans cette affaire, les juges de la majorité n'avaient pas désapprouvé les propos de la juge McLachlin au sujet des exigences du par. 16(3). En fait, sur ce point, la juge McLachlin reprenait simplement l'opinion unanime que la Cour avait déjà exprimée dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, p. 537-538.

[93] The majority judgment in the present case repudiates the earlier jurisprudence and the balanced approach it achieved. It entirely eliminates any inquiry into whether the potential witness has any "conception of any moral obligation to say what is 'right'".

[94] I agree with the Chief Justice that "allowing the witness to testify is only the first step in the process" (para. 72). More particularly, my colleague continues:

> The witness's evidence will be tested by cross-examination. The trier of fact will observe the witness's demeanour and the way she answers the questions. [*Ibid.*]

In this case, the exchanges between the challenged witness, K.B., and the trial judge, demonstrated the futility of any such cross-examination. The trial judge noted that K.B. "did not 'compute' questions before giving answers, that she was not processing the information being communicated to her, and that she had serious problems relating to her ability to communicate and to recollect" (2008 CanLII 21726 (Ont. S.C.J.)) (the "hearsay decision"), at para. 7). As a practical matter, it is not possible to cross-examine such a witness meaningfully. The trial judge concluded correctly on this point that "there is no secure method of testing K.B.'s credibility" (para. 56). The result of the majority judgment in this case is to create unfair prejudice to the accused.

[95] What is fundamental, as was emphasized here by the Ontario Court of Appeal, is that the trial judge had the opportunity to observe the witness's demeanour and the way she answers the questions (McLachlin C.J., at para. 72). We do not have that advantage. The trial judge concluded, based on his direct observation, that, in light of the severity of her mental disability, K.B.'s evidence could not be relied upon for the truth-seeking purposes of a criminal trial and it ought to be altogether excluded. In a judge-alone trial, it goes without

[93] Le jugement majoritaire en l'espèce répudie les décisions antérieures ainsi que l'approche équilibrée qu'elles avaient établie. Il écarte complètement l'enquête permettant de vérifier si le témoin éventuel a une « idée de l'obligation morale de dire ce qui est "vrai" ».

[94] Je suis d'accord avec la Juge en chef pour dire qu'« en [. . .] permettant [aux personnes adultes ayant une déficience intellectuelle] de témoigner, elles franchissent seulement la première étape du processus » (par. 72). Plus particulièrement, ma collègue ajoute ce qui suit :

> La déposition du témoin sera vérifiée par contre-interrogatoire. Le juge des faits examinera le comportement du témoin et sa façon de répondre aux questions. [*Ibid.*]

En l'espèce, les échanges entre le juge du procès et K.B., la personne dont la capacité mentale est mise en question, ont démontré la futilité d'un tel contre-interrogatoire. Le juge du procès a souligné que K.B. [TRADUCTION] « ne "computait" pas les questions avant d'y répondre, qu'elle ne traitait pas l'information qui lui était communiquée et qu'elle avait de sérieux problèmes liés à sa capacité de communiquer et de se souvenir » (2008 CanLII 21726 (C.S.J. Ont.) (la « décision relative au ouï-dire »), par. 7). Concrètement, il n'est pas possible de contre-interroger de manière significative un tel témoin. Le juge du procès a correctement conclu sur ce point qu'« il n'y a aucun moyen sûr de vérifier la crédibilité de K.B. » (par. 56). Par conséquent, le jugement des juges majoritaires en l'espèce cause à l'accusé un préjudice inéquitable.

[95] La Cour d'appel de l'Ontario a souligné un aspect fondamental, soit que le juge du procès a eu l'occasion d'examiner le comportement du témoin et sa façon de répondre aux questions (la juge en chef McLachlin, par. 72). Nous ne bénéficions pas de cet avantage. Le juge du procès a conclu, selon ce qu'il a directement observé, que compte tenu de la gravité de la déficience intellectuelle de K.B., on ne pouvait se fier au témoignage de cette dernière pour les besoins de la recherche de la vérité — le but visé par un procès criminel — et que ce témoignage

saying, where the trial judge found that K.B.'s testimony did not meet even a threshold of admissibility, he would not — had the evidence been admitted — have accepted it as the basis for a proper conviction. An acquittal was inevitable.

[96] In the result, despite all the talk in our cases of the need to "defer" to trial judges on their assessment of mental capacity, a deference which, in my opinion, is manifestly appropriate, the majority judgment shows no deference to the views of the trial judge whatsoever and orders a new trial. I am unable to agree. I therefore dissent.

## I. Judicial History

### A. *Ontario Superior Court of Justice, 2008 CanLII 21726 (the "Hearsay Decision")*

[97] The Chief Justice has set out the substance of the trial judge's ruling. I should add that he found numerous contradictions in K.B.'s testimony. For example, K.B. testified that she had told her mother about D.A.I. touching her, but her mother contradicted this (para. 38). With respect to the out-of-court statements, the trial judge expressed serious concerns about the truth of the statements based on K.B.'s "serious problems in communicating her evidence, her incapacity to answer relatively simple questions surrounding the allegations, her confusion with respect to whether or not she spoke to her mother" (para. 53 (emphasis added)). He also noted the testimony of K.B.'s teacher that K.B.'s mother had told her that she viewed K.B.'s story with "disbelief" (para. 54). Given the close relationship between K.B. and the respondent D.A.I., the trial judge found that "[w]hat may have been innocent in intent has the potential to be misinterpreted" (para. 55).

[98] The trial judge concluded:

devait être complètement exclu. Il va sans dire que, dans un procès devant un juge seul, où le juge du procès a conclu que le témoignage de K.B. ne satisfaisait pas à un critère même minimal d'admissibilité, si le témoignage avait été accepté, il n'aurait pu servir de fondement d'une déclaration de culpabilité. Un verdict d'acquittement était inévitable.

[96] Par conséquent, malgré toutes les décisions dans lesquelles notre Cour signale la nécessité de « faire preuve de retenue » à l'égard de l'appréciation de la capacité mentale par les juges des procès — une retenue manifestement appropriée selon moi —, les juges majoritaires ne font preuve d'aucune retenue à l'égard des opinions du juge du procès et ordonnent la tenue d'un nouveau procès. Il m'est impossible de souscrire à leur décision. J'inscris donc ma dissidence.

## I. Historique judiciaire

### A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2008 CanLII 21726 (la « décision relative au ouï-dire »)*

[97] La Juge en chef a exposé la substance de la décision du juge du procès. J'ajouterais qu'il a relevé plusieurs contradictions dans les réponses de K.B. Par exemple, K.B. a déclaré avoir dit à sa mère que D.A.I. l'avait touchée, mais cette dernière l'a nié (par. 38). En ce qui concerne les déclarations extrajudiciaires, le juge du procès a exprimé d'importantes réserves sur la véracité des déclarations de K.B. en raison des [TRADUCTION] « sérieuses difficultés [de K.B.] à communiquer les faits dans son témoignage, de son incapacité à répondre à des questions relativement simples portant sur ses allégations, de sa confusion quant à savoir si elle avait ou non parlé à sa mère » (par. 53 (je souligne)). Il a aussi signalé que l'enseignante de K.B. a affirmé dans son témoignage que la mère de K.B. lui avait dit « ne pas croire » ces dires de sa fille (par. 54). Vu l'étroite relation entre K.B. et l'intimé, D.A.I., le juge du procès a conclu que « [c]e qui pouvait se vouloir inoffensif risquait d'être mal interprété » (par. 55).

[98] Le juge du procès a conclu comme suit :

I am convinced that to admit K.B.'s statement for its truth would effectively deprive the court of any reliable method of testing its truth. It is clear from the short cross-examination undertaken . . . at the preliminary inquiry, there is no secure method of testing K.B.'s credibility. . . . What the Crown purports to be confirmatory evidence is either ambiguous or itself unreliable. [Emphasis added; para. 56.]

B. *Ontario Court of Appeal, 2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96 (Doherty, MacPherson and Armstrong JJ.A.)*

[99] Doherty and MacPherson JJ.A. applied a "very deferential" standard of review to the trial judge's assessment under s. 16, noting that the trial judge heard not only what the proposed witness said, but also how it was said (paras. 20-21). In their view, Parliament chose to create a new testimonial competence test for children but to limit it so as only to apply to children under 14 (para. 41). For whatever reason, Parliament intended to treat children and adults with a mental disability differently when it comes to testimonial competence (para. 43).

[100] The Court of Appeal also held that the trial judge had correctly rejected the confirmatory evidence tendered by the Crown, namely K.B.'s sister's evidence and the photograph found in the respondent's bedroom (para. 50). He had carefully considered the sister's testimony, but decided that it was unreliable. The trial judge had also found that the respondent's explanation that K.B. flashed him when he took the photograph could have been true. Doherty and MacPherson JJ.A., speaking for a unanimous Court of Appeal, held that both of these conclusions were open to the trial judge (*ibid.*). The appeal was accordingly dismissed.

II. Analysis

[101] The substantial issue in this appeal concerns the correctness of the trial judge's approach to

[TRADUCTION] Je suis convaincu que le fait d'admettre comme véridique la déclaration de K.B. priverait effectivement la cour de toute méthode fiable pour en vérifier la véracité. Il ressort clairement du bref contre-interrogatoire mené [. . .] à l'enquête préliminaire qu'il n'y a aucun moyen sûr de vérifier la crédibilité de K.B. [. . .] Ce que le ministère public estime être une preuve corroborante est ambigu ou sujet à caution. [Je souligne; par. 56.]

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2010 ONCA 133, 260 O.A.C. 96 (les juges Doherty, MacPherson et Armstrong)*

[99] Les juges Doherty et MacPherson ont appliqué une norme de contrôle qui commande [TRADUCTION] « une très grande retenue » à l'égard de l'appréciation faite par le juge du procès aux termes de l'art. 16, soulignant que le juge du procès n'a pas seulement entendu ce que le témoin éventuel a dit, mais aussi comment il l'a dit (par. 20-21). Selon eux, le législateur a choisi de créer pour les enfants un nouveau critère relatif à l'habilité à témoigner, mais de le limiter de sorte qu'il ne s'applique qu'aux enfants de moins de 14 ans (par. 41). Pour une raison ou une autre, le législateur a voulu traiter les enfants différemment des adultes ayant une déficience intellectuelle lorsque l'habilité à témoigner est en cause (par. 43).

[100] La Cour d'appel a également conclu que le juge du procès avait rejeté à bon droit la preuve corroborante présentée par le ministère public, à savoir le témoignage de la sœur de K.B. et la photographie trouvée dans la chambre de l'intimé (par. 50). Le juge a soigneusement examiné le témoignage de la sœur de K.B., mais il a décidé qu'il était sujet à caution. Le juge du procès avait aussi conclu que l'explication de l'intimé — que K.B. lui avait soudainement montré ses seins au moment où il a pris la photographie — pouvait être vraie. Les juges Doherty et MacPherson, au nom d'une formation unanime de la Cour d'appel, ont affirmé qu'il était loisible au juge du procès de tirer ces deux conclusions (*ibid.*). L'appel a donc été rejeté.

II. Analyse

[101] La question importante dans le présent pourvoi porte sur le bien-fondé de la démarche retenue

assessment of the testimonial capacity of the complainant, K.B. The admissibility of her evidence turns on the interpretation of the rules established by Parliament in s. 16 of the *Canada Evidence Act*, which delineates the circumstances in which a proposed witness "of fourteen years of age or older whose mental capacity is challenged" may or may not testify.

[102] A trial judge is faced with three options. If the challenged witness is "able to communicate the evidence" and "understands the nature of an oath or a solemn affirmation", the person "shall testify under oath or solemn affirmation" (s. 16(2)). A person who satisfies the first criterion ("able to communicate the evidence") but not the second (i.e. does not understand "the nature of an oath or a solemn affirmation") may provide unsworn testimony "on promising to tell the truth" (s. 16(3)). A person who does not satisfy either criterion "shall not testify" (s. 16(4)).

[103] The few questions posed by the trial judge touching on religion in this case were relevant to the first option of having K.B. testify under oath or affirmation which, as the Chief Justice recognizes, is the "preferred option" (para. 31). If the trial judge had found that K.B. understood the nature of the oath, he would have been obliged to have her testimony given under oath. It was proper for the trial judge to test K.B.'s ability to satisfy this standard rather than assuming, on account of her mental disability, that she would fail the s. 16(1) test.

[104] As to the second option (unsworn evidence), it is clear that Parliament did not consider an ability to communicate the evidence to be the sole and sufficient condition of admissibility. A person giving unsworn testimony must nevertheless promise to tell the truth, and this additional requirement is not, in my view, an empty formality but is intended to bolster the court's effort to establish the true facts

par le juge du procès pour apprécier l'habilité à témoigner de la plaignante, K.B. L'admissibilité de son témoignage repose sur l'interprétation des règles établies par le législateur à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lequel énonce les circonstances dans lesquelles un témoin éventuel âgé « d'au moins quatorze ans dont la capacité mentale est mise en question » peut ou non témoigner.

[102] Trois possibilités s'offrent au juge du procès. Si la personne dont la capacité mentale est mise en question est « capable de communiquer les faits dans son témoignage » et « comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle », elle « témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle » (par. 16(2)). Une personne qui répond au premier critère (« capable de communiquer les faits dans son témoignage »), mais pas au deuxième (soit qu'elle ne comprend pas « la nature du serment ou de l'affirmation solennelle ») peut témoigner sans prêter serment « en promettant de dire la vérité » (par. 16(3)). Une personne qui ne satisfait à ni l'un ni l'autre de ces critères « ne peut témoigner » (par. 16(4)).

[103] Les quelques questions que le juge du procès a posées en l'espèce relativement à la religion avaient trait à la première possibilité, soit que K.B. témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle, ce qui, comme le reconnaît la Juge en chef, constitue la « solution privilégiée » (par. 31). Si le juge du procès avait conclu que K.B. comprenait la nature du serment, il aurait été tenu de la faire témoigner sous serment. Il était approprié pour le juge du procès de vérifier si K.B. pouvait satisfaire à cette norme au lieu de supposer qu'elle échouerait le test du par. 16(1) en raison de sa déficience intellectuelle.

[104] En ce qui concerne la deuxième possibilité (témoignage sans avoir prêté serment), le législateur n'a manifestement pas considéré la capacité de communiquer les faits dans un témoignage comme étant une condition unique et suffisante d'admissibilité. Une personne qui témoigne sans avoir prêté serment doit tout de même promettre de dire la vérité, et cette condition supplémentaire n'est pas,

and to protect the legitimate interest of the accused to a fair trial.

[105] I agree with the Chief Justice that "[p]romising is an act aimed at bringing home to the witness the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct. The promise thus serves a practical, prophylactic purpose" (para. 36). I do not agree with my colleague, however, that it is out of bounds for a trial judge to try to determine — in concrete everyday terms — whether there is in reality such a "prophylactic" effect in the case of a particular witness whose mental capacity has been challenged. If such a witness is so disabled as not to understand "the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct", there is no prophylactic effect, and the fair trial interests of the accused are unfairly prejudiced.

A. *The Khan Test*

[106] It is, of course, true that an inability to deal with concepts ("oaths", "solemn affirmations" and "promises") does not mean that a person suffering from a mental disability is by that fact unable to relate the factual events that he or she encountered. Many individuals whose mental capacity is not open to challenge may have difficulty giving a correct explanation of these concepts.

[107] In an effort to solve this dilemma, this Court in *Khan* adopted the approach formulated by Robins J.A. in *Khan* when it was before the Ontario Court of Appeal ((1988), 42 C.C.C. (3d) 197, at p. 206):

To satisfy the less stringent standards applicable to unsworn evidence, the child need only understand the duty to speak the truth in terms of ordinary everyday social conduct. This can be demonstrated through a simple line of questioning directed to whether the child understands the difference between the truth and a lie, knows that it is wrong to lie, understands the necessity

selon moi, une formalité vide de sens; elle vise à soutenir les efforts de la cour en vue d'établir les faits authentiques et à protéger le droit légitime d'un accusé à un procès équitable.

[105] Je suis d'accord avec la Juge en chef pour dire que « [l]a promesse est un acte visant à renforcer, dans l'esprit du témoin éventuel, le caractère sérieux de la situation et l'importance de répondre de façon prudente et correcte. La promesse sert donc un objectif pratique et prophylactique » (par. 36). Je ne suis cependant pas d'accord avec ma collègue pour affirmer qu'un juge du procès ne peut pas tenter de déterminer — en termes concrets de la vie quotidienne — si un tel effet « prophylactique » existe effectivement dans le cas d'une personne dont la capacité mentale est mise en question. Si cette personne est à ce point déficiente qu'elle ne comprend pas « le caractère sérieux de la situation et l'importance de répondre de façon prudente et correcte », il n'y a aucun effet prophylactique et le droit de l'accusé à un procès équitable subit une atteinte injustifiée.

A. *Le critère formulé dans l'arrêt Khan*

[106] Assurément, une incapacité de saisir des notions (« serments », « affirmations solennelles » et « promesses ») ne signifie pas qu'une personne ayant une déficience intellectuelle soit par le fait même incapable de décrire les événements dont elle a été témoin. Bien des personnes dont la capacité intellectuelle n'est pas mise en question peuvent avoir de la difficulté à expliquer correctement ces notions.

[107] Cherchant à résoudre ce dilemme, notre Cour a adopté dans *Khan* la solution élaborée par le juge Robins alors que l'affaire *Khan* se trouvait devant la Cour d'appel de l'Ontario ((1988), 42 C.C.C. (3d) 197, p. 206) :

[TRADUCTION] Pour satisfaire aux normes moins sévères applicables au témoignage qui n'est pas donné sous serment, il suffit que l'enfant comprenne le devoir de dire la vérité au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne. On peut en faire la preuve par une série de questions simples permettant de déterminer si l'enfant comprend la différence entre la vérité et

to tell the truth, and promises to do so. [Emphasis added.]

This approach (adopted at a time before the *Canada Evidence Act* introduced its present distinction between children and adults with challenged mental capacity) gives meaningful content to the statutory language while recognizing that the "simple line of questioning" is to be factual, not metaphysical.

[108] It is true, as the Chief Justice points out, that *Khan* was decided under an earlier version of s. 16 which referred expressly to "the duty of speaking the truth". However, as both *Khan* and McLachlin J. in *Rockey* were at pains to point out, those words were not interpreted as contemplating an abstract inquiry. In *Rockey*, decided at a time when s. 16(3) read the same as it does now, McLachlin J. insisted on a determination of "the ability to promise to tell the truth" (para. 25 (emphasis added)), but not as the mere physical ability of a potential witness to say the words. In that case, the child witness was not called to testify and the issue was whether his out-of-court statements could nevertheless be admitted against the accused under the principled hearsay exception. To do so required a demonstration of necessity and reliability. McLachlin J. held that "necessity" was established. In her view, the child was incompetent to testify under s. 16(3) because, not only was it "unrealistic to conclude that Ryan could have communicated his evidence in any useful sense either in the courtroom or in a smaller room via closed circuit television", but, as stated, because "no judge could reasonably have concluded that Ryan was able to promise to tell the truth" (paras. 26-27). Although Parliament had by that time eliminated the words "duty of speaking the truth" from s. 16(3), McLachlin J. nevertheless concluded that the words "on promising to tell the truth" incorporated the understanding in practical terms of a "moral obligation to say what is 'right'" (para. 27).

le mensonge, s'il sait qu'il n'est pas bien de mentir, s'il comprend la nécessité de dire la vérité et promet de le faire. [Je souligne.]

Cette approche (adoptée avant que la *Loi sur la preuve au Canada* n'établisse la distinction que l'on trouve maintenant entre les enfants et les adultes dont la capacité mentale est mise en question) donne un contenu significatif au texte de la loi tout en reconnaissant que la « série de questions simples » doit porter sur des faits et ne doit pas relever de la métaphysique.

[108] Certes, comme la Juge en chef le souligne, lorsque l'arrêt *Khan* a été rendu, une version antérieure de l'art. 16 mentionnait expressément « le devoir de dire la vérité ». Toutefois, comme l'arrêt *Khan* et la juge McLachlin dans *Rockey* ont pris bien soin de le signaler, ces mots n'envisageaient pas, dans leur interprétation, une enquête menée dans l'abstrait. Dans l'arrêt *Rockey*, rendu alors que le texte du par. 16(3) était le même qu'aujourd'hui, la juge McLachlin a insisté sur une détermination de « [l]a capacité [. . .] de promettre de dire la vérité » (par. 25 (je souligne)) qui ne soit pas simplement la capacité physique d'un témoin éventuel de prononcer les mots. Dans cette affaire, l'enfant n'a pas été appelé à témoigner et la question en litige était de savoir si ses déclarations extrajudiciaires pouvaient tout de même être admises à l'encontre de l'accusé en vertu de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire. À cette fin, il fallait démontrer la nécessité et la fiabilité des déclarations de l'enfant. La juge McLachlin a conclu que la « nécessité » avait été établie. Selon elle, l'enfant était inhabile à témoigner aux termes du par. 16(3) parce que, non seulement « il n'[était] pas réaliste de conclure que Ryan aurait pu communiquer les faits d'une façon utile, que ce soit dans la salle d'audience ou depuis une plus petite pièce, au moyen d'un système de télévision en circuit fermé », mais parce qu'« aucun juge n'aurait pu raisonnablement conclure que Ryan était capable de promettre de dire la vérité » (par. 26-27). Même si le législateur avait déjà enlevé au par. 16(3) les mots « devoir de dire la vérité », la juge McLachlin a néanmoins conclu que les mots « en promettant de dire la vérité » supposaient concrètement une « obligation morale de dire ce qui est "vrai" » (par. 27).

[109] In the result, the child was held under s. 16(3) to be incompetent to testify. The necessity for the hearsay evidence was therefore established. His out-of-court evidence was admitted and the accused was convicted.

[110] There is nothing in McLachlin J.'s reasons in *Rockey* to suggest that the "ability to promise to tell the truth" is to be ascertained on a "don't ask" basis, i.e. not to endeavour to determine whether the potential witness has any sense of what it means in simple concrete terms to promise to tell the truth. On the contrary, McLachlin J. rested her conclusion on the evidence heard by the trial judge concerning the ability of the potential witness to explain events and to understand the difference in practical terms between telling the truth and lying.

[111] Nor was it suggested in *Rockey* that, by insisting on "the ability" to make the promise, McLachlin J. was reading extraneous words into the statute, which is now the cornerstone of the majority judgment in this case. The making of a promise is not just a physical act. The question is whether the potential witness recognizes a sense of obligation, however articulated or unarticulated, to stick to the truth. This interpretation was consistent with the Parliamentary record which, as we will see, demonstrates a legislative intention under s. 16(3) that a trial judge be satisfied that a witness — as a condition precedent to testimonial capacity — understands the difference in practical everyday terms between telling the truth and not telling the truth.

[112] Of course, there are witnesses who suffer no mental disability and who recognize perfectly well that they are undertaking an obligation to tell the truth but nevertheless do not do so. That is a different problem. Their mental capacity is not in issue. In their case, the courts rely on cross-examination and other techniques to ferret out the truth. In the case of K.B., there was no allegation whatsoever of bad faith, but she may nevertheless have been mistaken in her perception or recollection of events, and the crucible of cross-examination was considered by the trial judge to be useless because, as

[109] En définitive, l'enfant a été jugé inhabile à témoigner aux termes du par. 16(3). La nécessité de la preuve par ouï-dire a donc été établie. Sa déclaration extrajudiciaire a été admise et l'accusé a été déclaré coupable.

[110] Les motifs de la juge McLachlin dans *Rockey* n'indiquent nullement que la « capacité de promettre de dire la vérité » doive être déterminée « sans poser de questions », c'est-à-dire sans que l'on tente de déterminer si le témoin éventuel peut saisir ce que signifie, en termes simples et concrets, la promesse de dire la vérité. Au contraire, la juge McLachlin a appuyé sa conclusion sur la déposition faite devant le juge du procès concernant la capacité du témoin éventuel d'expliquer des faits et de comprendre la différence, en termes concrets, entre dire la vérité et mentir.

[111] L'arrêt *Rockey* ne donne pas non plus à penser que, en insistant sur « la capacité » de promettre, la juge McLachlin introduisait dans la loi des mots extrinsèques, ce qui constitue maintenant la pierre d'assise du jugement majoritaire en l'espèce. Faire une promesse ne se résume pas à un acte physique. La question est de savoir si le témoin éventuel se reconnaît une obligation, articulée ou non, de s'en tenir à la vérité. Cette interprétation était conforme à l'historique parlementaire qui démontre, comme nous le verrons, qu'aux termes du par. 16(3), le juge devait être convaincu que la personne comprend la différence, en termes ordinaires, entre dire et ne pas dire la vérité — une condition préalable à la reconnaissance de l'habilité à témoigner.

[112] Évidemment, certains témoins n'ayant aucune déficience intellectuelle ne diront pas la vérité tout en sachant parfaitement bien qu'elles se sont engagées à dire la vérité. Il s'agit là d'un problème différent. Leur capacité mentale n'est pas mise en question. Dans ces cas, le contre-interrogatoire et d'autres moyens permettront au tribunal de découvrir la vérité. Dans le cas de K.B., sa bonne foi n'était aucunement en cause, mais elle aurait quand même pu se tromper pour ce qui est de percevoir ou de se rappeler les faits, et le juge du procès considérait que l'épreuve du

stated, he found that "there is no secure method of testing K.B.'s credibility" (hearsay decision, at para. 56).

[113] The *Khan* test specifically framed the inquiry as being into "ordinary everyday social conduct" (C.A., at p. 206). At no point did this Court in *Khan* or McLachlin J. in *Rockey* require that the potential witness be able to *articulate* or even understand in the abstract concepts such as oaths, affirmations or promises. Leaving aside McLachlin J.'s reference to a "moral obligation" in *Rockey* — which, if anything, proposed a more strict test for admissibility than the Court's judgment in *Khan* — if it appears to the trial judge that the potential witness whose mental capacity is challenged has demonstrated an understanding of a promise to tell the truth in terms of ordinary, everyday social conduct, the witness has met the test for giving unsworn testimony. The same would be true in my view of a witness who understands the seriousness of the situation and "the importance of being careful and correct", to use the Chief Justice's words in this case (para. 36). However, even this approach could not be satisfied by K.B. according to the trial judge who was uniquely placed to observe her demeanour.

[114] I respectfully disagree with the Chief Justice's characterization of *Khan* as insisting "on an understanding of the duty to speak the truth in abstract terms and the metaphysical questioning this insistence gave rise to" (para. 62). The *Khan* test, in my view, did just the opposite. In that case, Robins J.A. found that the trial judge had erroneously applied the standards applicable to a child giving sworn testimony to a situation in which only the unsworn testimony of a child was sought and to which less onerous standards were applicable. Robins J.A. underscored the difference between the two standards in no uncertain terms:

contre-interrogatoire serait inutile puisque, comme il l'a dit, [TRADUCTION] « il n'y a aucun moyen sûr de vérifier la crédibilité de K.B. » (décision relative au ouï-dire, par. 56).

[113] Le critère de l'arrêt *Khan* mentionne précisément que l'interrogatoire ne doit pas sortir du cadre de la [TRADUCTION] « conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne » (C.A., p. 206). Notre Cour dans *Khan*, ou la juge McLachlin dans *Rockey*, n'exigeaient aucunement que le témoin éventuel soit capable d'*articuler* ou même de comprendre dans l'abstrait des concepts comme le serment, l'affirmation ou la promesse. Abstraction faite de la mention d'une « obligation morale » par la juge McLachlin dans *Rockey* — qui a même proposé un critère d'admissibilité plus rigoureux que celui retenu par notre Cour dans *Khan* — s'il semble au juge du procès que le témoin éventuel dont la capacité mentale est mise en question a démontré qu'il comprend au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne ce qu'est une promesse de dire la vérité, le témoin a satisfait au critère requis pour témoigner sans avoir prêté serment. Il en serait de même, selon moi, d'un témoin qui comprend le sérieux de la situation et « l'importance de répondre de façon prudente et correcte », pour reprendre le propos de la Juge en chef en l'espèce (par. 36). Toutefois, K.B. ne pouvait satisfaire même à ces conditions, selon le juge du procès qui était particulièrement bien placé pour observer son comportement.

[114] Avec égards, je ne suis pas d'accord avec la Juge en chef pour dire que l'arrêt *Khan* insiste « sur la compréhension, en termes abstraits, du devoir de dire la vérité et des questions d'ordre métaphysique que cet accent engendrait » (par. 62). Le critère énoncé dans *Khan*, selon moi, a un effet diamétralement opposé. Dans cette affaire, le juge Robins a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en appliquant à un enfant qui témoigne sous serment les normes applicables à une situation dans laquelle on cherchait seulement à obtenir le témoignage d'un enfant qui n'a pas prêté serment et auquel des normes moins rigoureuses s'appliquaient. Le juge Robins a souligné en termes on ne peut plus clairs la différence entre les deux normes :

An appreciation of the assumption of "a moral obligation" or "getting a hold on the conscience of the witness" or . . . an "appreciation of the solemnity of the occasion" or an awareness of an added duty to tell the truth over and above the ordinary duty to do so are all matters involving abstract concepts which are not material to a determination of whether a child's unsworn evidence may be received. A child need not comprehend "what it is to tell the truth in court" or to appreciate "what happens when you tell a lie in the courtroom" before he or she can give unsworn evidence. [Emphasis added; emphasis in original deleted; pp. 205-6.]

[TRADUCTION] Apprécier le fait d'assumer « une obligation morale » ou « la prise de conscience du témoin » ou [. . .] « apprécier le caractère solennel de l'occasion » ou être conscient d'un devoir de dire la vérité qui va au-delà du devoir normal de dire la vérité sont toutes des questions comportant des concepts abstraits qui n'ont pas d'incidence au moment de déterminer si le témoignage d'un enfant qui n'a pas prêté serment peut être admis. Avant de faire une déposition sans avoir prêté serment, un enfant n'a pas à comprendre « ce que signifie dire la vérité devant le tribunal » ni à apprécier « les conséquences d'un mensonge dans la salle d'audience ». [Je souligne; italiques dans l'original omis; p. 205-206.]

Therefore, I have no disagreement with the Chief Justice insofar as she affirms the existing law that the judge's inquiry should not ask the potential witness to "articulate abstract concepts" (para. 31) or tell what "the truth means in abstract terms" (para. 35) or venture into "abstract, philosophical realms" (para. 56) or conduct "an abstract inquiry into the nature of the obligation to tell the truth" (para. 58). Nor did *Khan*, or McLachlin J. in *Rockey*, in my view, "insist on the articulation of the nature of the obligation to tell the truth, abstracted from particular situations" (para. 61). On the contrary, it seems to me that *Khan* affirms — not denies — that "[i]t is unnecessary and indeed undesirable to conduct an abstract inquiry" (para. 64). At no point does *Khan* require an explanation of "the nature of the obligation to tell the truth in philosophical terms" (para. 66). The reasons of McLachlin J. in the later case of *Rockey* expressed no disagreement with the *Khan* approach. It is the present majority opinion that effects a marked departure from the existing jurisprudence.

Par conséquent, je ne conteste pas l'exposé que donne la Juge en chef de l'état du droit lorsqu'elle dit que, dans son interrogatoire, le juge ne devrait pas demander au témoin éventuel de « formuler [d]es concepts abstraits » (par. 31) ou d'expliquer « en termes abstraits ce que signifie dire la vérité » (par. 35) ni s'aventurer dans le « domaine plus abstrait de la philosophie » (par. 56) ou mener « un interrogatoire dans l'abstrait sur la nature de l'obligation de dire la vérité » (par. 58). Et selon moi, ni l'arrêt *Khan* ni la juge McLachlin dans l'arrêt *Rockey* n'ont « [i]nsist[é] sur la formulation de la nature de l'obligation de dire la vérité, sans égard à des situations particulières » (par. 61). Au contraire, il me semble que *Khan* confirme — au lieu de nier — qu'« [i]l n'est ni nécessaire, ni même souhaitable, de poser des questions de nature abstraite » (par. 64). L'arrêt *Khan* n'exige aucunement une explication « en termes philosophiques [de] la nature de l'obligation de dire la vérité » (par. 66). Dans ses motifs dans l'arrêt *Rockey*, la juge McLachlin ne rejette nullement l'approche retenue dans *Khan*. C'est l'opinion des juges de la majorité en l'espèce qui rompt nettement avec la jurisprudence.

### B. *An Issue of Statutory Interpretation*

[115] The bottom line of the majority judgment in this case is that s. 16(3) precludes a court from conducting an inquiry into whether (as McLachlin J. in *Rockey* put it) the proposed witness has "the ability to promise to tell the truth" (para. 25). This is based, it is said, on "[t]he first and cardinal principle of statutory interpretation [which] is that one must look to the plain words of the provision. Where

### B. *Une question d'interprétation de la loi*

[115] Les juges de la majorité affirment essentiellement en l'espèce que le par. 16(3) empêche le tribunal de procéder à une enquête visant à déterminer si (comme l'a dit la juge McLachlin dans *Rockey*) le témoin éventuel a « [l]a capacité [. . .] de promettre de dire la vérité » (par. 25). Ils disent se fonder sur « le principe fondamental de l'interprétation des lois, [suivant lequel] il faut examiner

ambiguity arises, it may be necessary to resort to external factors to resolve the ambiguity .... Section 16 shows no ambiguity" (McLachlin C.J., at para. 26).

[116] A more contextual approach to statutory interpretation has been emphasized by our Court on numerous occasions in recent years, as set out in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting Professor Driedger:

> Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

(E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87)

[117] Leaving aside for the moment the amendments relating to children in s. 16.1 added by the 2005 amendments, the relevant "three options" for persons with mental disability are set out in s. 16(1) to (4) as follows:

> **16.** (1) [Witness whose capacity is in question] If a proposed witness is a person of fourteen years of age or older whose mental capacity is challenged, the court shall, before permitting the person to give evidence, conduct an inquiry to determine
>
> (*a*) whether the person understands the nature of an oath or a solemn affirmation; and
>
> (*b*) whether the person is able to communicate the evidence.
>
> (2) [Testimony under oath or solemn affirmation] A person referred to in subsection (1) who understands the nature of an oath or a solemn affirmation and is able to communicate the evidence shall testify under oath or solemn affirmation.
>
> (3) [Testimony on promise to tell truth] A person referred to in subsection (1) who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is able to communicate the evidence may, notwithstanding any provision of any Act requiring an oath or a solemn affirmation, testify on promising to tell the truth.

le libellé explicite de la disposition. En cas d'ambiguïté, il peut être nécessaire d'avoir recours à des facteurs externes pour la dissiper [. . .] L'article 16 ne comporte aucune ambiguïté » (la juge en chef McLachlin, par. 26).

[116] À plusieurs reprises au cours des dernières années, notre Cour a insisté sur une méthode d'interprétation des lois plus contextuelle telle qu'énoncée dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 21, où la Cour cite le professeur Driedger :

> [TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

(E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87)

[117] Abstraction faite pour l'instant des modifications applicables aux enfants apportées en 2005 par l'ajout de l'art. 16.1, les « trois possibilités » applicables aux personnes ayant une déficience intellectuelle sont énoncées comme suit aux par. 16(1) à (4) :

> **16.** (1) [Témoin dont la capacité mentale est mise en question] Avant de permettre le témoignage d'une personne âgée d'au moins quatorze ans dont la capacité mentale est mise en question, le tribunal procède à une enquête visant à décider si :
>
> *a*) d'une part, celle-ci comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle;
>
> *b*) d'autre part, celle-ci est capable de communiquer les faits dans son témoignage.
>
> (2) [Témoignage sous serment] La personne visée au paragraphe (1) qui comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui est capable de communiquer les faits dans son témoignage témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle.
>
> (3) [Témoignage sur promesse de dire la vérité] La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut, malgré qu'une disposition d'une loi exige le serment ou l'affirmation, témoigner en promettant de dire la vérité.

(4) [Inability to testify] A person referred to in subsection (1) who neither understands the nature of an oath or a solemn affirmation nor is able to communicate the evidence shall not testify.

(5) [Burden as to capacity of witness] A party who challenges the mental capacity of a proposed witness of fourteen years of age or more has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to testify under an oath or a solemn affirmation.

[118] Section 16 mandates only one "inquiry" by the trial judge in dealing with a witness "whose mental capacity is challenged". Section 16(3) is simply part of a single evaluation in which the trial judge considers the gamut from permitting the challenged witness to testify under oath to not being able to testify at all.

[119] As to whether the expression "promising to tell the truth" means more than the mere verbal ability to mouth the words I refer to what McLachlin J. herself said in *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 236: "The phrase 'communicate the evidence' indicates more than mere verbal ability." Equally, it seems to me, the requirement that a witness promise to tell the truth requires more than "mere verbal ability" to say the words. The trial judge is required to ascertain whether the witness possesses not only the "mere verbal ability" but understands "in ordinary, everyday terms" the difference between truth and fiction and the importance of sticking to the former in his or her testimony.

[120] In the initial version of s. 16 proposed by the government, there appeared a requirement that a child be "of sufficient intelligence" to testify. This was deleted. The Chief Justice suggests that the record of the Legislative Committee on Bill C-15 shows that "sufficient intelligence" was essentially understood as the ability to appreciate the moral difference between telling the truth and lying (para. 29). I disagree. As I read the legislative record, the term "sufficient intelligence" was dropped from the draft bill because in the

(4) [Inaptitude à témoigner] La personne visée au paragraphe (1) qui ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui n'est pas capable de communiquer les faits dans son témoignage ne peut témoigner.

(5) [Charge de la preuve] La partie qui met en question la capacité mentale d'un éventuel témoin âgé d'au moins quatorze ans doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs de douter de la capacité de ce témoin de comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle.

[118] L'article 16 ne requiert du juge du procès qu'une seule « enquête » à l'égard d'une personne « dont la capacité mentale est mise en question ». Le paragraphe 16(3) s'inscrit simplement dans une analyse unique par laquelle le juge du procès envisage toutes les solutions possibles, allant du témoignage sous serment à l'inhabilité à témoigner.

[119] Quant à savoir si l'expression « en promettant de dire la vérité » signifie plus que la simple capacité verbale d'articuler les mots, je renvoie aux propos de la juge McLachlin elle-même dans l'arrêt *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, p. 236 : « L'expression "communiquer les faits dans son témoignage" indique plus qu'une simple capacité verbale. » Il me semble de même que si l'on exige de la personne qu'elle promette de dire la vérité, il faut plus que la « simple capacité verbale » de prononcer les mots. Le juge du procès doit s'assurer que la personne possède non seulement la « simple capacité verbale », mais également qu'elle comprend « au sens ordinaire de la vie quotidienne » la différence entre la vérité et la fiction, ainsi que l'importance de s'en tenir à la vérité lors de son témoignage.

[120] Dans la version initiale de l'art. 16 proposée par le gouvernement, il était exigé de la personne qu'elle soit « suffisamment intelligente » pour témoigner. Cette exigence a été supprimée. Selon la Juge en chef, les procès-verbaux du Comité législatif sur le projet de loi C-15 révèlent que l'expression « suffisamment intelligente » s'entendait essentiellement de la capacité d'apprécier la différence morale entre dire la vérité et mentir (par. 29). Je ne partage pas cette opinion. Selon mon interprétation de ces procès-verbaux, l'expression « suffisamment

Committee's view it potentially risked being interpreted as requiring judges to evaluate a child witness's IQ rather than his or her capacity to communicate and understand the difference between truth and lies. The Parliamentarians were assured that s. 16(3), without the words "sufficient intelligence", still required that "the child understands the difference between telling the truth and lying", as demonstrated in the following exchange:

**[The Hon. Mary] Collins:** Yes. However, if we leave in the "sufficient intelligence", and with the interpretation that has been given, I still feel that is going to be a potential barrier.

**Mr. Pink:** It may be that the committee is going to have to decide on words other than "sufficient intelligence". What is the purpose of the query in the first place? Does it not really boil down to determining truth or falsehood? Is that not what it is all about?

**[The Hon. Mary] Collins:** I would think so. Yes. So if the child understands the difference between telling the truth and lying, that would seem to me to be all you would really need to find out.

**Mr. Pink:** I agree.

**[The Hon. Mary] Collins:** Thank you. [Emphasis added; p. 27.]

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15*, No. 2, 2nd Sess., 33rd Parl., December 4, 1986)

[121] This seems as clear a demonstration as one could ask for from the Parliamentary record that it was intended under s. 16(3) that the trial judge be satisfied that the witness "understands the difference between telling the truth and lying" (emphasis added). Nothing in the legislative record of the 1987 amendments suggests that the mere verbal ability to mouth the words of a promise would be sufficient.

[122] As to the "object of the Act", it seems clear that Parliament, in making the amendments to s. 16

intelligente » a été radiée de l'avant-projet de loi parce que, de l'avis du Comité, elle aurait pu prêter à une interprétation obligeant les juges à évaluer le quotient intellectuel des enfants plutôt que leur capacité de communiquer et de comprendre la différence entre la vérité et le mensonge. Les membres du Comité ont obtenu l'assurance que, même sans les mots « suffisamment intelligente », le par. 16(3) exigeait toujours que « l'enfant compren[ne] la différence entre dire la vérité et dire un mensonge », comme l'illustre l'échange qui suit :

**[L'hon. Mary] Collins :** Oui. Cependant, si nous conservons le concept de « l'intelligence suffisante », et si on l'interprète de la même façon que précédemment, j'ai quand même l'impression que cela constituera peut-être un obstacle.

**M. Pink :** Il faudra peut-être que le Comité choisisse alors d'autres termes que « intelligence suffisante ». De toute façon, pourquoi pose-t-on d'abord toutes ces questions? S'agit-il vraiment de savoir si le témoin sait distinguer entre le vrai et le faux? Est-ce que tout ne revient pas à cela?

**[L'hon. Mary] Collins :** Je le pense. Oui. En conséquence, si l'enfant comprend la différence entre dire la vérité et dire un mensonge, il me semble que l'on disposerait là de tout ce dont on a vraiment besoin.

**M. Pink :** J'abonde en ce sens.

**[L'hon. Mary] Collins :** Merci. [Je souligne; p. 27.]

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15*, nº 2, 2e sess., 33e lég., 4 décembre 1986)

[121] Cet extrait des procès-verbaux du Comité démontre on ne peut plus clairement, il me semble, que le législateur voulait, au par. 16(3), que le juge du procès soit convaincu que la personne « comprend la différence entre dire la vérité et dire un mensonge » (je souligne). Les procès-verbaux du Comité relatifs aux amendements de 1987 ne donnent nullement à penser que la simple capacité verbale d'articuler les mots d'une promesse serait suffisante.

[122] En ce qui concerne l'« objet de la loi », il semble évident que le législateur, en modifiant

in 1987 (S.C. 1987, c. 24), was attempting to strike a balance between access to justice and the rights of an accused in enacting s. 16 (*ibid.*, No. 1, November 27, 1986, at pp. 21, 24 and 33). A promise to tell the truth affords some protection to an accused, but not if "the promise" is reduced to an empty formality (or, to use McLachlin J.'s phrase in *Marquard*, to a "mere verbal ability" (p. 236)), which is the unfortunate result of the majority judgment in this case.

### C. *The Proper Interpretation of Section 16(3) Was Not Altered by the 2005 Amendments Related to the Evidence of Children Under 14 Years Old*

[123] In 2005, Parliament amended the *Canada Evidence Act* with respect to the unsworn evidence of children based in part on the report of the Child Witness Project at Queen's University. I agree with the Chief Justice that "Parliament's concern in enacting the 2005 amendment to the *Canada Evidence Act* was exclusively with children. The changes arose out of the Bala Report on the problems associated with prosecuting crimes against children. The Parliamentary debates on s. 16.1 attest to the fact that the focus of the 2005 amendment was on children, and only children" (para. 41 (emphasis added)).

[124] The 2005 amendments provide as follows (S.C. 2005, c. 32):

**16.1** (1) [Person under fourteen years of age] A person under fourteen years of age is presumed to have the capacity to testify.

(2) [No oath or solemn affirmation] A proposed witness under fourteen years of age shall not take an oath or make a solemn affirmation despite a provision of any Act that requires an oath or a solemn affirmation.

(3) [Evidence shall be received] The evidence of a proposed witness under fourteen years of age shall be received if they are able to understand and respond to questions.

l'art. 16 en 1987 (L.C. 1987, ch. 24), tentait en adoptant cette disposition d'établir un juste équilibre entre l'accès à la justice et les droits de l'accusé (*ibid.*, nº 1, 27 novembre 1986, p. 21, 24 et 33). Une promesse de dire la vérité fournit à l'accusé une certaine protection, mais pas si « la promesse » est réduite à une formalité vide de sens (ou une « simple capacité verbale », les mots qu'emploie la juge McLachlin dans *Marquard* (p. 236)), ce qui est le résultat regrettable auquel parviennent les juges majoritaires en l'espèce.

### C. *Les modifications apportées en 2005 relativement au témoignage des enfants âgés de moins de 14 ans n'ont pas changé l'interprétation qu'il convient de donner au par. 16(3)*

[123] En 2005, en se fondant en partie sur le rapport du Child Witness Project de l'Université Queen's, le législateur a modifié la *Loi sur la preuve au Canada* en ce qui concerne les dispositions relatives au témoignage des enfants qui ne prêtent pas serment. Je suis d'accord avec la Juge en chef pour dire qu'« en adoptant en 2005 les modifications à la *Loi sur la preuve au Canada*, le législateur visait exclusivement les enfants. Les modifications ont été apportées comme suite au rapport Bala traitant des problèmes associés à la poursuite des actes criminels perpétrés contre les enfants. Les débats de la Chambre des communes portant sur l'art. 16.1 attestent que les modifications de 2005 avaient exclusivement trait aux enfants » (par. 41 (je souligne)).

[124] Les modifications apportées en 2005 prévoient ce qui suit (L.C. 2005, ch. 32):

**16.1** (1) [Témoin âgé de moins de quatorze ans] Toute personne âgée de moins de quatorze ans est présumée habile à témoigner.

(2) [Témoin non assermenté] Malgré toute disposition d'une loi exigeant le serment ou l'affirmation solennelle, une telle personne ne peut être assermentée ni faire d'affirmation solennelle.

(3) [Témoignage admis en preuve] Son témoignage ne peut toutefois être reçu que si elle a la capacité de comprendre les questions et d'y répondre.

(4) [Burden as to capacity of witness] A party who challenges the capacity of a proposed witness under fourteen years of age has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to understand and respond to questions.

(5) [Court inquiry] If the court is satisfied that there is an issue as to the capacity of a proposed witness under fourteen years of age to understand and respond to questions, it shall, before permitting them to give evidence, conduct an inquiry to determine whether they are able to understand and respond to questions.

(6) [Promise to tell truth] The court shall, before permitting a proposed witness under fourteen years of age to give evidence, require them to promise to tell the truth.

(7) [Understanding of promise] No proposed witness under fourteen years of age shall be asked any questions regarding their understanding of the nature of the promise to tell the truth for the purpose of determining whether their evidence shall be received by the court.

(8) [Effect] For greater certainty, if the evidence of a witness under fourteen years of age is received by the court, it shall have the same effect as if it were taken under oath.

[125] The Crown acknowledges that there are "obvious distinctions" between Parliament's test for adults with limited mental capacity under s. 16 and children under 14 years of age under s. 16.1 (A.F., at para. 57). For adults, s. 16(3) retains the more expansive test developed in the jurisprudence regarding the ability to communicate the evidence: see *Marquard*. A child need only be able "to understand and respond to questions" (s. 16.1(5)). Section 16(1) retains the potential for a challenged adult to testify under oath, whereas s. 16.1(2) provides that a child witness shall *not* take an oath or make a solemn affirmation. The child, as in the case of the challenged adult, must promise to tell the truth (s. 16.1(6)), but s. 16.1(7) specifically prohibits asking children "any questions regarding their understanding of the nature of the promise to tell the truth". The Crown contends that research shows "that regardless of an inability to define these abstract concepts, the making of a promise to tell the truth by a child makes it more likely that a

(4) [Charge de la preuve] La partie qui met cette capacité en question doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs d'en douter.

(5) [Enquête du tribunal] Le tribunal qui estime que de tels motifs existent procède, avant de permettre le témoignage, à une enquête pour vérifier si le témoin a la capacité de comprendre les questions et d'y répondre.

(6) [Promesse du témoin] Avant de recevoir le témoignage, le tribunal fait promettre au témoin de dire la vérité.

(7) [Question sur la nature de la promesse] Aucune question sur la compréhension de la nature de la promesse ne peut être posée au témoin en vue de vérifier si son témoignage peut être reçu par le tribunal.

(8) [Effet] Il est entendu que le témoignage reçu a le même effet que si le témoin avait prêté serment.

[125] Le ministère public reconnaît qu'il existe des [TRADUCTION] « distinctions évidentes » entre le critère établi par le législateur à l'art. 16 à l'égard des adultes ayant une capacité mentale limitée et celui établi à l'art. 16.1 à l'égard des enfants âgés de moins de 14 ans (m.a., par. 57). Pour les adultes, le par. 16(3) conserve le critère plus large élaboré dans la jurisprudence en ce qui concerne la capacité de communiquer les faits dans un témoignage : voir *Marquard*. Pour l'enfant, il suffit qu'il soit capable « de comprendre les questions et d'y répondre » (par. 16.1(5)). Aux termes du par. 16(1), un adulte dont la capacité mentale est mise en question peut témoigner sous serment alors qu'aux termes du par. 16.1(2), un enfant *ne* peut prêter serment *ni* faire une affirmation solennelle. L'enfant, tout comme l'adulte dont la capacité mentale est mise en question, doit promettre de dire la vérité (par. 16.1(6)), mais le par. 16.1(7) interdit expressément de poser aux enfants une « question sur la compréhension de la nature

child will tell the truth" (A.F., at para. 79 (emphasis added)).

[126] I agree with the Chief Justice that the words "on promising to tell the truth" in s. 16(3) and s. 16.1(6) should receive the same interpretation. It is for that very reason that, in my view, Parliament felt it necessary in 2005 to introduce the s. 16.1(7) "don't ask" rule. Otherwise, the "simple line of questioning" to determine whether the potential witness understands "the seriousness of the situation and the importance of being careful and correct" would continue to apply to children under the 2005 amendments as well as to adults whose mental capacity is challenged. The point, however, is that s. 16.1(6), unlike s. 16(3), must be read together with s. 16.1(7) (the "don't ask" rule), and s. 16.1(7) was limited to children because the empirical research related to "children, and only children". Thus, the witness from the Department of Justice told the Parliamentary Committee:

Professor Bala's research seems to highlight that there's significance in giving that promise because children understand what a promise is all about. [Emphasis added; 17:20.]

(House of Commons, *Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights*, No. 77, 2nd Sess., 37th Parl., October 29, 2003)

Senator Landon Pearson emphasized the empirical foundation of the "don't ask" rule:

I want to put on the record the degree to which this provision of the bill is based on a considerable body of research on the capacity of children to understand that when they say "I promise to tell the truth," that

de la promesse ». Le ministère public plaide que la recherche démontre [TRADUCTION] « que même s'il n'est pas en mesure de définir ces notions abstraites, un enfant qui promet de dire la vérité est plus susceptible de dire la vérité » (m.a., par. 79 (je souligne)).

[126] Je suis d'accord avec la Juge en chef pour dire que l'expression « en promettant de dire la vérité » qui figure au par. 16(3) et au par. 16.1(6) devrait être interprétée de la même manière dans les deux dispositions. C'est exactement pour cette raison, selon moi, que le législateur a cru nécessaire d'introduire en 2005 la règle du par. 16.1(7) interdisant de poser des questions. Autrement, la « série de questions simples » visant à déterminer si le témoin éventuel comprend « le caractère sérieux de la situation et l'importance de répondre de façon prudente et correcte » continuerait de s'appliquer aux enfants aux termes de la modification apportée en 2005 ainsi qu'aux adultes dont la capacité mentale est mise en question. Le fait est, toutefois, que contrairement au par. 16(3), le par. 16.1(6) doit être interprété conjointement avec le par. 16.1(7) (l'interdiction de poser des questions), et l'application du par. 16.1(7) a été limitée aux enfants parce que la recherche empirique avait « exclusivement trait aux enfants ». Ainsi, la représentante du ministère de la Justice a dit ce qui suit en comité parlementaire :

Selon les recherches de M. Bala, le fait pour des jeunes de faire une promesse a de l'importance puisqu'ils comprennent de quoi il retourne. [Je souligne; 17:20.]

(Chambre des communes, *Témoignages devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, nº 77, 2e sess., 37e lég., 29 octobre 2003)

La sénatrice Landon Pearson a insisté sur le fondement empirique de la règle interdisant de poser des questions :

Je veux simplement dire, pour mémoire, dans quelle mesure les dispositions de ce projet de loi sont fondées sur un corpus impressionnant de recherches sur la capacité des enfants à comprendre leur affirmation « Je

they know what they are doing. [Emphasis added; p. 19.]

(Senate, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 17, 1st Sess., 38th Parl., June 23, 2005)

No such empirical studies were carried out with respect to adults with mental disabilities. In their case, there was no "don't ask" equivalent to s. 16.1(7) even proposed, let alone adopted. As the Chief Justice emphasizes, the 2005 amendments deal with "children, and only children" (para. 41).

[127] The Crown invites us, in effect, to apply the "don't ask" rule governing children to adults whose mental capacity is challenged, despite evidence of legislative intent to the contrary. It does so on the basis that both are members of a "vulnerable group" (A.F., at para. 58) and should be treated as equivalent. That is a policy argument for Parliament, not a change to be brought about by judicial amendment.

[128] The Chief Justice endorses a version of this equivalence argument in posing a rhetorical question:

When it comes to testimonial competence, precisely what, one may ask, is the difference between an adult with the mental capacity of a six-year-old, and a six-year-old with the mental capacity of a six-year-old? [para. 52]

In my view, the difference is that a six-year-old with the mental capacity of a six-year-old does not suffer from a mental disability. The fact that psychiatrists speak of persons with mental disabilities calibrated in terms of mental ages is a useful way of describing the relative extent and severity of a person's disability, but it does not mean that a 22-year-old woman with a severe mental disability is on the same footing as a six-year-old child with no mental disability whatsoever, and of course the empirical evidence before Parliament in 2005 did not suggest otherwise.

promets de dire la vérité », c'est-à-dire qu'ils comprennent ce serment. [Je souligne; p. 19.]

(Sénat, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, nº 17, 1re sess., 38e lég., 23 juin 2005)

Aucune étude empirique de ce genre n'a été effectuée relativement aux adultes ayant une déficience intellectuelle. Dans le cas de ces adultes, aucune règle interdisant de poser des questions, équivalente à la règle du par. 16.1(7), n'a même été proposée, et encore moins adoptée. Comme l'a souligné la Juge en chef, les modifications de 2005 avaient « exclusivement trait aux enfants » (par. 41).

[127] Le ministère public nous invite, en réalité, à appliquer aux adultes dont la capacité mentale est mise en question la règle interdisant de poser des questions aux enfants et ce, en dépit de la preuve de l'intention du législateur au contraire. Il fait valoir qu'il s'agit dans les deux cas de membres d'un [TRADUCTION] « groupe vulnérable » (m.a., par. 58) qui doivent être traités de manière équivalente. Il s'agit d'un argument de politique générale à l'intention du législateur et non d'une modification introduite par voie judiciaire.

[128] La Juge en chef se prononce en faveur d'une version de cet argument d'équivalence en posant une question d'ordre rhétorique :

. . . en ce qui concerne l'habilité à témoigner, on peut se demander quelle est la différence, précisément, entre un adulte ayant la capacité mentale d'un enfant de six ans et un enfant de six ans ayant la capacité mentale d'un enfant de six ans. [par. 52]

Selon moi, la différence est qu'un enfant de six ans ayant la capacité mentale d'un enfant de six ans n'a pas une déficience intellectuelle. Le fait pour les psychiatres de classer en fonction de l'âge mental les personnes ayant une déficience intellectuelle se veut une manière utile de décrire l'ampleur et la gravité relatives de la déficience d'une personne, mais cela ne signifie pas qu'une femme âgée de 22 ans ayant une déficience intellectuelle grave est sur un pied d'égalité avec un enfant âgé de six ans n'ayant aucune déficience intellectuelle et, bien sûr, la preuve empirique soumise au législateur en 2005 ne donnait pas à penser autrement.

[129] The rhetorical question posed by the Chief Justice seeks to reverse the onus of proof. It *presumes* without proof the fact of equivalence and demands a rebuttal, but it was for the government to persuade Parliament, if it could, that there is no relevant difference between an adult with a severe mental disability and a child with no mental disability. It made no effort to do so because there was no evidence on which such an argument *could* have been made.

[130] No evidence was led in these proceedings to suggest equivalence and we cannot take judicial notice of alleged "facts" that are neither notorious nor easily verifiable from undisputed sources: *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 48; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 53. While greater latitude is allowed in the judicial notice of legislative facts (as opposed to adjudicative facts), it would still be necessary for the Crown to show that its assertion of equivalence of children and adults with a mental disability in this respect "would be accepted by reasonable people who have taken the trouble to inform themselves on the topic as not being the subject of reasonable dispute for the particular purpose for which it is to be used, keeping in mind that the need for reliability and trustworthiness increases directly with the centrality of the 'fact' to the disposition of the controversy" (*ibid.*, at para. 65 (emphasis deleted)). The Crown's assertion of equivalence is pure assertion on a key issue, and mere assertion does not meet the *Spence* standard.

[131] Section 16(3) *does not* require an inquiry into the proposed witness's understanding of the abstract "nature of the obligation to tell the truth". The argument about abstract concepts was rejected in *Khan* and by McLachlin J. in *Rockey*, and there is no need for the majority to resurrect it at this point for the sole purpose of rejecting it yet again. That is not a point of disagreement between us

[129] La question d'ordre rhétorique posée par la Juge en chef vise à inverser le fardeau de la preuve. La question *suppose* sans aucune preuve à l'appui le fait de l'équivalence et exige que l'on réfute ce fait, mais il appartenait au gouvernement de convaincre le législateur, s'il le pouvait, qu'il n'existe aucune différence palpable entre un adulte ayant une déficience intellectuelle grave et un enfant n'ayant aucune déficience intellectuelle. Le gouvernement n'a déployé aucun effort en ce sens puisqu'il n'existait aucune preuve *susceptible* d'appuyer un tel argument.

[130] Aucun élément de preuve laissant croire que cette équivalence existe n'a été soumis en l'espèce et nous ne pouvons pas prendre connaissance d'office de « faits » allégués qui ne sont ni notoires, ni facilement vérifiables en ayant recours aux sources incontestées : *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 48; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 53. Si les juges ont plus de latitude pour prendre connaissance d'office des faits législatifs qu'ils n'en ont à l'égard des faits en litige, le ministère public devrait tout de même démontrer, relativement à l'équivalence qu'il invoque entre les enfants et les adultes ayant une déficience intellectuelle, qu'« une personne raisonnable ayant pris la peine de s'informer sur le sujet considérerait que ce "fait" échappe à toute contestation raisonnable quant à la fin à laquelle il sera invoqué, sans oublier que les exigences en matière de crédibilité et de fiabilité s'accroissent directement en fonction de la pertinence du "fait" pour le règlement de la question en litige » (*ibid.*, par. 65 (italiques omis)). La prétention du ministère public relative à l'équivalence n'est que pure prétention relativement à une question clé, et une simple prétention ne satisfait pas au critère établi dans l'arrêt *Spence*.

[131] Le paragraphe 16(3) *n'*exige *pas* que l'on vérifie si le témoin éventuel comprend, dans l'abstrait, la « nature de l'obligation de dire la vérité ». L'argument au sujet des concepts abstraits a été rejeté dans *Khan* et par la juge McLachlin dans *Rockey*, et point n'est besoin que les juges majoritaires reviennent avec cet argument à ce moment-ci à seule fin de le rejeter de nouveau. Nous ne

and should not be portrayed as such. Section 16(3) requires only the "ability to promise to tell the truth" (quoting *Rockey*) in terms of ordinary, everyday social conduct.

[132] It is the majority, not the minority here, that must resort to extraneous language not found in s. 16(3) to achieve the result it seeks. As stated, I agree with the Chief Justice that the words "on promising to tell the truth" in s. 16(3) must bear the same meaning as "to promise to tell the truth" in s. 16.1(6). That being the case, the majority must read the s. 16.1(7) "don't ask" rule applicable only to children into s. 16(3) applicable only to mentally challenged adults in order to read down the words "promising to tell the truth" in s. 16(3), and thus rob the words of s. 16(3) of their ordinary meaning, in my opinion.

[133] The Chief Justice refers to s. 45 of the federal *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, for the proposition that no inference as to the meaning of s. 16(3) flows from the adoption of s. 16.1(7) with respect to children (para. 46). Professor P.-A. Côté puts the point somewhat differently:

> The provisions [s. 45] do not, for example, prevent interpreting the act of amendment as an expression of the legislature's opinion; they simply eliminate an *a priori* presumption ("shall not be deemed"). The context, or even the formulation (in the form of a preamble, for example), of an amendment is quite capable of marking a clear desire to change the state of the law.
>
> (P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 569)

In any event, this is not the foundation of the respondent's argument. He relies on s. 16(3) as it was enacted in 1987. He does not rely, nor does he need to rely, on the 2005 amendments which, as the majority concedes, apply only to children.

sommes pas en désaccord sur ce point et il ne faudrait pas laisser croire que tel est le cas. Le paragraphe 16(3) exige uniquement la « capacité [. . .] de dire la vérité » (citant *Rockey*) au sens de la conduite sociale ordinaire de la vie quotidienne.

[132] Ce sont les juges de la majorité, non les juges dissidents, qui doivent, pour obtenir le résultat qu'ils souhaitent, avoir recours à des termes extrinsèques qu'on ne trouve pas au par. 16(3). Je le répète, je suis d'accord avec la Juge en chef pour dire que les mots « en promettant de dire la vérité » au par. 16(3) doivent avoir le même sens que les mots « promettre [. . .] de dire la vérité » au par. 16.1(6). Cela étant, les juges majoritaires doivent incorporer, au par. 16(3) applicable uniquement aux adultes ayant une déficience intellectuelle, la règle du par. 16.1(7) interdisant de poser des questions, qui s'applique uniquement aux enfants, afin d'atténuer l'expression « en promettant de dire la vérité » au par. 16(3) et, à mon avis, de priver ce paragraphe de son sens ordinaire.

[133] La Juge en chef cite l'art. 45 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, comme fondement de l'affirmation suivant laquelle aucune inférence quant au sens du par. 16(3) ne découle de l'adoption du par. 16.1(7) relativement aux enfants (par. 46). Le professeur P.-A. Côté exprime ce point de vue un peu différemment :

> . . . les textes [l'art. 45] n'interdisent pas de voir dans une modification une manifestation d'opinion du Parlement : ils ne font qu'écarter toute présomption à ce sujet (« *shall not be deemed* »). Il pourrait très bien arriver que le contexte d'une modification, ou même la formulation de la loi modificative, le préambule par exemple, fasse voir une volonté de changer le droit.
>
> (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4e éd. 2009), p. 617)

Quoi qu'il en soit, il ne s'agit pas là du fondement de l'argument de l'intimé. Ce dernier se fonde sur le par. 16(3) tel qu'il a été adopté en 1987. Il ne se fonde pas, et n'a pas besoin de se fonder, sur les modifications apportées en 2005 qui, les juges de la majorité le concèdent, s'appliquent uniquement aux enfants.

D. *Was the Section 16(3) Test Misapplied in This Case?*

[134] The Crown contends that, even if the *Khan* test is affirmed, it was not applied properly in this case. Firstly, the trial judge should have sought assistance from individuals apart from Dr. K., a forensic psychiatrist called by the defence, whose evidence was, in any event, put aside by the trial judge as unnecessary. The trial judge did not hear from K.B.'s teacher or other support workers who were familiar with K.B.'s strengths and weaknesses for purposes of the s. 16 inquiry. The Crown argues that they could have assisted the court to pose questions in a way that K.B. was capable of dealing with. To do so could have disclosed K.B.'s true capacity to deal with concrete facts without the distraction of conceptual issues, which, as the *voir dire* confirmed, K.B. could not handle. Secondly, the Crown says that the trial judge, having chosen to proceed without such assistance, misdirected his questions to metaphysical issues which could not and did not provide the basis for a fair determination of K.B.'s mental capacity.

[135] I approach the trial judge's assessment of K.B. on the basis of "the ability to communicate the evidence and the ability to promise to tell the truth" (*Rockey*, at para. 25).

(1) The Ability to Communicate the Evidence

[136] The trial judge clearly had serious concerns about this first branch of the test. He reminded K.B.'s teacher, Ms. W., of testimony she had given at the preliminary inquiry, in which Ms. W. had said the following:

If the purpose of her testifying is to determine the truth of what happened, her capacity to express her recollections could be severely limited. So the court may be asking her to do something that she can't do, and her failure to do that may skew her knowledge of what happened. In other words, the outcome — there's a

D. *Le critère du par. 16(3) a-t-il été mal appliqué en l'espèce?*

[134] Le ministère public prétend que, même si le critère de l'arrêt *Khan* est confirmé, il n'a pas été appliqué correctement en l'espèce. Premièrement, le juge du procès aurait dû demander l'aide de personnes autres que le Dr K., un psychiatre légiste cité par la défense, dont le témoignage a été de toute façon écarté par le juge du procès au motif qu'il n'était pas nécessaire. Le juge n'a pas entendu, pour les besoins de l'enquête prévue à l'art. 16, l'enseignante de K.B. ni les autres personnes de soutien qui connaissaient les forces et faiblesses de K.B. Le ministère public prétend que ces personnes auraient pu aider la cour à poser des questions de façon à ce que K.B. soit capable de les comprendre et d'y répondre. Ainsi, il aurait été possible de voir la véritable capacité de K.B. d'examiner des faits concrets sans être distraite par des notions conceptuelles que K.B., comme le voir-dire l'a confirmé, n'était pas en mesure de saisir. Deuxièmement, le ministère public affirme que le juge du procès, ayant choisi de procéder sans demander d'aide, a posé par erreur des questions d'ordre métaphysique qui ne permettaient pas de rendre une décision équitable sur la capacité mentale de K.B.

[135] J'aborde l'appréciation que le juge du procès a faite de K.B. en fonction de « sa capacité de communiquer les faits dans son témoignage et celle de promettre de dire la vérité » (*Rockey*, par. 25).

(1) La capacité de communiquer les faits dans son témoignage

[136] Le juge du procès avait manifestement de sérieuses réserves quant à ce premier volet du critère. Il a rappelé à l'enseignante de K.B., Mme W., la déposition qu'elle avait faite à l'enquête préliminaire, dans laquelle Mme W. avait déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Si son témoignage doit servir à déterminer ce qui s'est réellement produit, sa capacité d'exprimer ses souvenirs pourrait être très limitée. La cour pourrait lui demander de faire quelque chose qu'elle ne peut pas faire, et le fait qu'elle ne puisse pas le faire peut fausser sa connaissance de ce qui est arrivé. Autrement

potential for the outcome to not get at the truth, because of . . . her incapacity to express that. [Emphasis added; hearsay decision, at para. 4.]

This evidence, given earlier at the preliminary inquiry, was properly considered by the trial judge at the subsequent competency hearing.

[137] Moreover, during the competency *voir dire* itself, Dr. K., observing K.B.'s low tolerance for frustration, testified, "I don't think she has the ability to think what you're asking and come up with an answer" (A.R., vol. I, at p. 161). The expert also stated, as noted by the trial judge, and echoing the words in *Rockey*, that K.B. "had serious problems relating to her ability to communicate and to recollect" (hearsay decision, at para. 7 (emphasis added)). She could not adequately communicate evidence because, by reason of her mental disability, she was simply unable to "compute" what she was being asked.

[138] The accuracy of the trial judge's assessment of the extent of K.B.'s mental disability was corroborated and confirmed at subsequent stages of the trial. In the course of her testimony at the hearsay *voir dire*, for example, Ms. W., K.B.'s teacher, referred to a statement K.B. had made to an educational assistant, claiming that she, K.B., had spent the weekend at the respondent's house (which was not true). Ms. W. said that if K.B. were asked what she had done that weekend, and replied "[D.A.I.]'s place", this might have meant that she had been *thinking about* D.A.I. and *wanted* to go to his place, not that she had gone there at all (A.R., vol. II, at pp. 25 and 27; see also p. 7). Communication of wishful thinking is not communication of evidence.

[139] Further, the trial judge, in rejecting K.B.'s out-of-court statements, adverted to the earlier observations that K.B. had "serious problems in communicating her evidence, her incapacity to

dit, en fin de compte — il est possible en fin de compte de ne pas apprendre la vérité, en raison de [. . .] son incapacité de l'exprimer. [Je souligne; décision relative au ouï-dire, par. 4.]

Cette déposition, qui avait été faite lors de l'enquête préliminaire, a été prise en compte comme il se doit par le juge du procès au cours de l'audition ultérieure relative à l'habilité à témoigner.

[137] En outre, au cours même du voir-dire relatif à l'habilité à témoigner, le D^r^ K., constatant la faible tolérance de K.B. face à la frustration, a affirmé ce qui suit : [TRADUCTION] « Je ne crois pas qu'elle ait la capacité de penser à vos questions et de donner une réponse » (d.a., vol. I, p. 161). Le juge du procès a souligné que l'expert, répétant les propos tenus dans *Rockey*, a déclaré aussi que K.B. [TRADUCTION] « avait de sérieux problèmes liés à sa capacité de communiquer et de se souvenir » (décision relative au ouï-dire, par. 7 (je souligne)). Elle ne pouvait pas communiquer adéquatement les faits dans son témoignage parce que, du fait de sa déficience intellectuelle, elle était tout simplement incapable de « computer » ce qu'on lui demandait.

[138] Les étapes subséquentes du procès ont corroboré et confirmé la justesse de l'appréciation, par le juge du procès, de la gravité de la déficience intellectuelle de K.B. Au cours de son témoignage lors du voir-dire relatif au ouï-dire, par exemple, M^me^ W., l'enseignante de K.B., a fait part d'une déclaration dans laquelle K.B. avait dit à une aide-éducatrice avoir passé la fin de semaine chez l'intimé (ce qui n'était pas vrai). M^me^ W. a dit que si l'on demandait à K.B. ce qu'elle avait fait pendant la fin de semaine et qu'elle répondait [TRADUCTION] « chez [D.A.I.] », cela pouvait signifier qu'elle avait *pensé à* D.A.I. et qu'elle *voulait* aller chez lui, et non qu'elle y était allée (d.a., vol. II, p. 25 et 27; voir aussi p. 7). La communication de ses rêveries n'est pas une communication des faits dans un témoignage.

[139] De plus, en rejetant les déclarations extrajudiciaires de K.B., le juge du procès a fait allusion à ses observations antérieures à propos de K.B., à savoir [TRADUCTION] « [ses] sérieuses difficultés à

answer relatively simple questions surrounding the allegations, her confusion with respect to whether or not she spoke to her mother" (hearsay decision, at para. 53 (emphasis added)).

[140] While it is true that the trial judge emphasized the second branch of the test (the ability to promise to tell the truth), his concerns about K.B.'s ability to communicate the evidence are plain and obvious and were in themselves sufficient to conclude that she lacked the capacity to testify by reason of her severe mental disability.

(2) The Ability to Promise to Tell the Truth

[141] As noted by the Chief Justice, this was the principal ground for the rejection of K.B.'s evidence. However, I believe, as did Doherty and MacPherson JJ.A., for a unanimous Court of Appeal, that this conclusion was certainly open to the trial judge on the evidence.

[142] At the competency hearing, Dr. K. counselled the trial judge that "when you ask about truth, honesty, lie, these are difficult concepts for anybody" (A.R., vol. I, at p. 137). The inquiry, he said, could better be pursued by asking K.B. what she had for breakfast or "other areas in her life, day to day events, and see whether she can understand what is true and what is lie" (p. 140). Such questions would yield an answer that could be verified one way or another (p. 145) and, according to Dr. K., could assist to "see whether she has any ability to discriminate between what is real or just come up with an answer kind of thing" (p. 137).

[143] Armed with this guidance, the trial judge embarked on a second round of questions to ascertain K.B.'s capacity. He asked K.B. a series of simple and concrete questions about her family, school, breakfast routine, and so on. He then posed

communiquer les faits dans son témoignage, [. . .] son incapacité à répondre à des questions relativement simples portant sur ses allégations, [. . .] sa confusion quant à savoir si elle avait ou non parlé à sa mère » (décision relative au ouï-dire, par. 53 (je souligne)).

[140] Le juge du procès a effectivement mis l'accent sur le deuxième volet du critère (la capacité de promettre de dire la vérité), mais les réserves qu'il a exprimées quant à la capacité de K.B. de communiquer les faits dans son témoignage sont claires et évidentes et lui suffisaient pour conclure qu'elle n'avait pas la capacité de témoigner du fait de sa grave déficience intellectuelle.

(2) La capacité de promettre de dire la vérité

[141] Comme l'a souligné la Juge en chef, il s'agissait du principal motif justifiant le rejet du témoignage de K.B. Toutefois, tout comme les juges Doherty et MacPherson qui s'exprimaient au nom d'une Cour d'appel unanime, j'estime qu'il était certainement loisible au juge du procès de conclure comme il l'a fait en se fondant sur la preuve.

[142] À l'audience relative à l'habilité à témoigner, le D[r] K. a dit au juge du procès que [TRADUCTION] « les questions au sujet de la vérité, l'honnêteté et le mensonge portent sur des notions difficiles à saisir pour tous » (d.a., vol. I, p. 137). Selon lui, l'enquête serait facilitée si l'on demandait à K.B. ce qu'elle a mangé au petit-déjeuner ou en lui posant des questions à propos « d'autres aspects de sa vie, sa routine quotidienne, et voir si elle peut comprendre ce qu'est la vérité et ce qu'est le mensonge » (p. 140). De telles questions apporteraient des réponses vérifiables d'une façon ou d'une autre (p. 145) et, selon le D[r] K., aideraient à « savoir si elle est capable de distinguer ce qui est réel ou si elle répond ce qui lui passe par la tête » (p. 137).

[143] Fort de ces conseils, le juge du procès a entrepris de poser une seconde série de questions en vue de vérifier la capacité de K.B. Il a posé à cette dernière une série de questions simples et concrètes à propos de sa famille, de son école, de

the following questions to K.B. and received the following responses (*ibid.*, at pp. 155-56):

**[THE COURT:]**

**Q.** You don't know. Do you know why you're here today?

**A.** I don't know. To talk about [D.A.I.].

**Q.** Yes, and do you think that's really important?

**A.** Maybe yeah.

**Q.** Maybe yeah? Remember earlier I was asking you about a promise?

**A.** No.

**Q.** Have you ever made a promise to anybody?

**A.** I don't know.

**Q.** That you promised you'll be good, did you ever say that? Have you ever heard that expression "I promise to be good, mommy"?

**A.** Okay.

**Q.** All right. So do you know what a promise is, that you're going to do something the right way? Do you understand that?

**A.** Okay.

**Q.** Can you tell me whether you understand that, [K.B.]?

**A.** I don't know.

**Q.** Does anything happen if you break a promise?

**A.** I don't know.

**Q.** You told me you don't go to church, right?

**A.** Right.

**Q.** And no one has ever told you about God; is that correct? No one has ever told you about God?

**A.** No.

**Q.** Has anyone ever told you that if you tell big lies you'll go to jail?

**A.** Right.

la routine du déjeuner, et ainsi de suite. Il a ensuite posé les questions suivantes à K.B. qui a répondu comme suit (*ibid.*, p. 155-156) :

[TRADUCTION]

**[LA COUR :]**

**Q.** Tu ne sais pas. Sais-tu pourquoi tu es ici aujourd'hui?

**R.** Je ne sais pas. Pour parler de [D.A.I.].

**Q.** Oui, et penses-tu que ce soit vraiment important?

**R.** Peut-être, oui.

**Q.** Peut-être oui? Te souviens-tu, plus tôt, quand je t'ai posé des questions à propos d'une promesse?

**R.** Non.

**Q.** As-tu déjà fait une promesse à quelqu'un?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** As-tu déjà promis d'être gentille, as-tu déjà dit cela? As-tu déjà entendu l'expression « je promets d'être gentille, maman »?

**R.** D'accord.

**Q.** Très bien. Alors, sais-tu ce qu'est une promesse, que tu vas agir de la bonne façon? Comprends-tu?

**R.** D'accord.

**Q.** Peux-tu me dire si tu comprends ça, [K.B.]?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** Est-ce qu'il arrive quelque chose si tu ne tiens pas une promesse?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** Tu m'as dit que tu ne vas pas à l'église, n'est-ce pas?

**R.** Exact.

**Q.** Et personne ne t'a jamais parlé de Dieu; est-ce exact? Personne ne t'a jamais parlé de Dieu?

**R.** Non.

**Q.** Est-ce qu'on t'a jamais dit que si tu dis de gros mensonges, tu vas aller en prison?

**R.** Exact.

**Q.** If you tell big lies will you go to jail?

**A.** No.

**Q.** No?

**THE COURT:** Those are all the questions I'm going to pursue at this point.

The Crown also posed a second set of questions (*ibid.*, at pp. 156-58):

**Q.** We asked you the last time if you knew the difference between a truth and a lie, do you remember that, [K.B.]?

**A.** Yeah.

**Q.** Okay. We talked about the room and the colour of the room?

**A.** Sometimes.

**Q.** Okay. Do you think it's important to tell the truth or do you think it matter (*sic*)?

**A.** Does it matter?

**Q.** It matters?

**A.** Does it matter?

**Q.** Does it matter. Do you understand when I say "matter", do you understand what that means?

**A.** I don't know.

. . .

**Q.** Okay. We talked about the room. If I were to say to you that you had eggs for breakfast would that be a truth or a lie?

**A.** I don't know.

**Q.** You don't know? How about lunch, if I said you had eggs for lunch, ---

**A.** Yuk.

**Q.** --- would that be a truth or a lie?

**A.** I don't know.

**Q.** You don't know? Okay.

**A.** It's getting hard.

**Q.** It's getting hard?

**A.** Yeah.

**Q.** Si tu dis de gros mensonges, tu vas aller en prison?

**R.** Non.

**Q.** Non?

**LA COUR :** Ce sont là toutes mes questions pour l'instant.

Le ministère public a lui aussi posé une seconde série de questions (*ibid.*, p. 156-158) :

**Q.** Nous t'avons demandé la dernière fois si tu savais la différence entre la vérité et le mensonge, tu t'en souviens, [K.B.]?

**R.** Oui.

**Q.** D'accord. Nous avons parlé de la pièce et de la couleur de la pièce?

**R.** Des fois.

**Q.** D'accord. Penses-tu qu'il est important de dire la vérité ou penses-tu que cela ait de l'importance?

**R.** Est-ce que c'est important?

**Q.** C'est important?

**R.** Est-ce que c'est important?

**Q.** Est-ce important. Comprends-tu quand je dis « important », comprends-tu ce que cela signifie?

**R.** Je ne sais pas.

. . .

**Q.** D'accord. Nous avons parlé de la pièce. Si je disais que tu as mangé des œufs au petit-déjeuner, est-ce que ce serait la vérité ou un mensonge?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** Tu ne sais pas? Et pour le dîner, si je disais que tu as mangé des œufs au dîner, ---

**R.** Eurk.

**Q.** --- ce serait la vérité ou un mensonge?

**R.** Je ne sais pas.

**Q.** Tu ne sais pas? D'accord.

**R.** Ça commence à être difficile.

**Q.** Ça commence à être difficile?

**R.** Oui.

**Q.** Why is it getting hard?

**A.** I don't know why.

**Q.** You don't know. Okay.

**MR. SEMENOFF:** Thank you.

At the conclusion of K.B.'s testimony, the trial judge ruled her unsworn testimony to be inadmissible. He explained:

What I'm saying is I wouldn't have to hear from [Dr. K.]. I've heard from him but it doesn't in any way add or detract or anything from the opinion I've come to, having watched and questioned this witness, which is my obligation.

In other words, I suppose what I'm saying to you is I'm fully satisfied that this witness does not understand what a promise to tell the truth involves, has no concept of that. None. Zero. Then that's what this inquiry is about. [*Ibid.*, at p. 165]

Contrary to the majority opinion, I do not read the trial judge's assessment as based on K.B.'s inability to articulate concepts. It was based on her inability — by virtue of her mental disability — to "understand what a promise to tell the truth involves". The trial judge made the sort of practical inquiry in everyday terms that *Khan* required.

[144] This was a borderline case. The Crown complains that some of the questions were too abstract, while the question about going to church was beside the point once it became clear that K.B. would give testimony unsworn or not at all. The trial judge could certainly have proceeded further with pointed and concrete factual questions to get at the degree of K.B.'s disability but he saw and heard K.B. and clearly he believed that he had heard enough. Sitting on appeal with nothing but a bare transcript in front of us, in my opinion, we are not in a position to say that his appreciation of K.B.'s capacity was wrong.

**Q.** Pourquoi c'est difficile?

**R.** Je ne sais pas pourquoi.

**Q.** Tu ne sais pas. D'accord.

**M. SEMENOFF :** Merci.

À la fin du témoignage de K.B., le juge du procès a décidé que son témoignage non assermenté était inadmissible. Voici son explication :

[TRADUCTION] Ce que je dis, c'est que je n'aurais pas eu à entendre le [D^r^ K.]. J'ai entendu ce qu'il avait à dire, mais ça n'ajoute ni n'enlève quoi que ce soit à la conclusion à laquelle je suis arrivé, après avoir regardé et interrogé ce témoin, ce que je suis obligé de faire.

Autrement dit, je suppose que ce que je vous dis, c'est que je suis entièrement convaincu que ce témoin ne comprend pas ce que la promesse de dire la vérité signifie, n'en a aucune idée. Aucune. Zéro. Alors, voilà ce en quoi consiste cette enquête. [*Ibid.*, p. 165]

Contrairement à l'opinion des juges majoritaires, j'estime que le juge du procès n'a pas fondé son appréciation sur l'incapacité de K.B. d'articuler des concepts. Il s'est fondé sur son incapacité — attribuable à sa déficience intellectuelle — à « comprend[re] [. . .] ce que la promesse de dire la vérité signifie ». Le juge du procès a mené, en utilisant des termes concrets et ordinaires, une enquête conforme aux prescriptions de l'arrêt *Khan*.

[144] Il s'agissait d'un cas limite. Le ministère public allègue que certaines questions étaient trop abstraites et que la question à propos de l'église n'était aucunement pertinente lorsqu'il est devenu évident que K.B. témoignerait sans prêter serment ou ne témoignerait pas du tout. Le juge du procès aurait certainement pu continuer à poser des questions factuelles précises et concrètes afin de déterminer l'importance de la déficience intellectuelle de K.B., mais, il a vu et entendu K.B. et, de toute évidence, il estimait en avoir assez entendu. Comme nous siégeons en appel et que nous disposons seulement d'une transcription de l'instance, nous ne sommes pas en mesure de dire, selon moi, que son appréciation de l'habilité de K.B. à témoigner était erronée.

(3) Conclusion on the Competency Issue

[145] Much of the dispute in this case turned on the significance of K.B.'s "I don't know" answers. Clearly, it was an important advantage for the trial judge to watch the questions and answers unfold and to assess whether K.B. was actually able to "compute" her responses to what she was being asked — a condition precedent, surely, to any ability to test her evidence by cross-examination. The trial judge observed K.B.'s demeanour as she struggled with the attempted dialogue. The trial judge was responsible for protecting the fair trial interests of the accused, as well as society's interest in the prosecution of crimes. The inability of K.B. to deal with simple questions would mean that her evidence — however erroneous it might be, and however much (to pick up on her teacher's observation) it might be the product of K.B.'s wishful thinking — would be effectively immune to challenge by the defence, thereby prejudicing the interest of society as well as the accused in a fair trial.

[146] The teacher, Ms. W., thought that a skilled questioner who possessed direct personal knowledge of K.B. might be able to help K.B. overcome these limitations. On this view, a judge would need to rely on the teacher's guidance not only to formulate the questions, but also to interpret K.B.'s responses. Generally speaking, of course, only an expert witness can put opinions before the court and, even then, only when the trial judge would be unable to determine the issue in question properly without expert assistance: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Parrott*, 2001 SCC 3, [2001] 1 S.C.R. 178. At the end of the day, it has to be the judge or jury — not the lay witness — to assess the witness's testimony.

[147] In *Parrott*, the complainant was a mature woman who was said to possess the mental development equivalent in some respects to that of a three- or four-year-old child. The Crown declined

(3) Conclusion relative à la question de l'habilité à témoigner

[145] Une grande partie du litige en l'espèce reposait sur l'importance des réponses de K.B. lorsqu'elle disait [TRADUCTION] « je ne sais pas ». De toute évidence, il s'agissait d'un avantage important pour le juge du procès d'être témoin de l'enchaînement des questions et des réponses et de déterminer si K.B. était réellement capable de « computer » les questions posées et d'y répondre — une condition essentielle, certes, à toute possibilité de vérifier sa déposition lors d'un contre-interrogatoire. Le juge du procès a observé le comportement de K.B. alors qu'elle avait des difficultés à suivre le dialogue. Il incombait au juge du procès d'assurer la protection du droit de l'accusé à un procès équitable ainsi que de l'intérêt de la société à ce que les criminels soient poursuivis. L'incapacité pour K.B. de comprendre des questions simples et d'y répondre signifiait que son témoignage — si erroné soit-il, surtout s'il devait résulter (pour reprendre le propos de l'institutrice de K.B.) des rêveries de K.B. — ne pourrait effectivement être attaqué par la défense, ce qui porterait atteinte à l'intérêt de la société et au droit de l'accusé à un procès équitable.

[146] L'enseignante, M^me^ W., était d'avis qu'un interrogateur qualifié qui connaissait bien K.B. pouvait être en mesure de l'aider à surmonter ces limites. Dans cette optique, un juge devrait se fier aux conseils de l'enseignante non seulement pour formuler les questions, mais aussi pour interpréter les réponses de K.B. Bien entendu, de façon générale, seul un témoin expert peut exprimer ses opinions devant la cour et, même alors, seulement dans le cas où le juge du procès n'est pas en mesure de trancher comme il se doit une question donnée sans l'aide d'un expert : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Parrott*, 2001 CSC 3, [2001] 1 R.C.S. 178. En bout de ligne, c'est au juge ou au jury — non au témoin profane — qu'il appartient d'apprécier la déposition du témoin.

[147] Dans *Parrott*, la plaignante était une femme adulte dont le développement mental pouvait équivaloir à certains égards à celui d'un enfant de trois ou quatre ans. Le ministère public a refusé

to call the complainant herself on the basis that a court appearance might cause her trauma or other adverse effects, and instead called expert witnesses to lay the foundation for the admission of her earlier out-of-court statements. In this context, we held that the experts could not be substituted for calling the complainant herself, but that

> [i]f she had been called and it became evident that the trial judge required expert assistance to draw appropriate inferences from what he had heard her say (or not say), or if either the defence or the Crown had wished to pursue the issue of requiring an oath or solemn affirmation, expert evidence might then have become admissible to assist the judge. [para. 52]

[148] I think we should go further in this case and hold that on a competency *voir dire* where the mental capacity of an adult is challenged and the adult is herself called as a proposed witness, the court may also admit evidence from *fact* witnesses personally familiar with the proposed witness's verbal and cognitive abilities and limitations to help the court gain a better understanding of the person's capacity. These witnesses, unlike Dr. K., would not be in a position to express an opinion, but could testify about their direct personal observations of the proposed witness. Such evidence might, if the trial judge considered it helpful, better enable the judge or jury to appreciate her responses (or non-responses) in the witness box.

[149] Ultimately, however, it is the judge who must reach his or her own considered opinion about the level of mental capacity of the proposed witness. Where, as in this case, the judge, after hearing from the proposed witness, considers the calling of additional fact witnesses to be unnecessary, I do not think we are in a position to second-guess that procedural conclusion.

[150] Accordingly, I would reject the Crown's appeal with respect to the trial judge's ruling that

d'assigner la plaignante à témoigner au motif que sa comparution devant le tribunal risquait de la traumatiser ou de lui porter préjudice. Il a plutôt assigné des experts afin de justifier l'admission de ses déclarations extrajudiciaires antérieures. Dans ce contexte, nous avons conclu que les experts ne pouvaient pas être appelés à témoigner en remplacement de la plaignante elle-même, mais que

> [s]i elle avait été assignée à témoigner et qu'il était devenu évident que le juge du procès avait besoin de l'aide d'experts pour tirer les inférences appropriées de ce qu'il l'a entendue dire (ou ne pas dire), ou si la défense ou le ministère public avait souhaité soulever la question de l'opportunité d'exiger un serment ou une affirmation solennelle, la preuve d'expert aurait alors pu devenir admissible comme aide apportée au juge. [par. 52]

[148] Je crois que nous devrions aller plus loin en l'espèce et conclure que, dans le cadre d'un voir-dire relatif à l'habilité à témoigner, où la capacité mentale d'une personne adulte est mise en question et la personne adulte est assignée à témoigner, le tribunal peut également admettre les dépositions de témoins des *faits* qui connaissent bien les habilités du témoin éventuel à s'exprimer et à comprendre, ainsi que ses limites, et ce, afin d'aider le tribunal à mieux saisir les capacités de la personne. Ces témoins, contrairement au D[r] K., ne seraient pas en mesure d'exprimer une opinion, mais ils pourraient témoigner à propos de ce qu'ils ont eux-mêmes directement observé chez le témoin éventuel. La preuve pourrait, si le juge du procès l'estime utile, aider le juge ou le jury à apprécier les réponses (ou l'absence de réponse) que lui donne la personne qui témoigne.

[149] Cependant, c'est le juge qui, en fin de compte, doit former sa propre opinion éclairée au sujet de la capacité mentale du témoin éventuel. Lorsque, comme en l'espèce, le juge estime qu'il n'est pas nécessaire de citer d'autres témoins de faits après avoir entendu le témoin éventuel, je ne crois pas que nous soyons en mesure de remettre en question cette conclusion de nature procédurale.

[150] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi interjeté par le ministère public

the unsworn evidence of K.B. is inadmissible. In his view, the quality of the proposed evidence did not meet the s. 16(3) threshold. Sitting on appeal from this determination, and not having had the advantage of observing and questioning K.B., I see no valid basis for reversing that evidentiary ruling.

E. *Admissibility of Out-of-Court Statements*

[151] The Crown contends that the trial judge erred by effectively deciding that K.B.'s testimonial incompetence predetermined the unreliability of her hearsay statements. The admissibility analysis in a hearsay *voir dire* is to be focused on whether the hearsay dangers have been overcome: *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 71. These hearsay dangers include the inability to inquire into the declarant's perception, memory and credibility. The trial judge's conclusion in the competency hearing that K.B. lacked the ability to perceive, recall and communicate events and to understand the difference between truth and falsehood set up, but did not predetermine, the trial judge's conclusion that K.B.'s testimony lacked sufficient reliability. I agree with Doherty and MacPherson JJ.A., that "it is not surprising, and it is not an error, that the trial judge's reasoning on the issue of the threshold reliability in his hearsay ruling was quite similar to his reasoning on the *CEA* s. 16 voir dire" (para. 48). I would therefore not give effect to this ground of appeal.

III. Disposition

[152] I would dismiss the appeal.

**APPENDIX A**

Until 1987, s. 16 of the *Canada Evidence Act* provided:

**16.** (1) In any legal proceeding where a child of tender years is offered as a witness, and such child does not, in

relativement à la décision du juge du procès selon laquelle le témoignage non assermenté de K.B. est inadmissible. Selon ce dernier, le témoignage envisagé n'avait pas la qualité nécessaire pour satisfaire au critère énoncé au par. 16(3). Siégeant en appel de cette décision, et n'ayant pas eu l'avantage d'observer et d'interroger K.B., je ne vois aucune raison valable d'annuler cette décision sur l'admissibilité de la preuve.

E. *Admissibilité des déclarations extrajudiciaires*

[151] Le ministère public prétend que le juge du procès a commis une erreur en décidant en fait que l'inhabilité à témoigner de K.B. a entraîné automatiquement la non-fiabilité de ses déclarations relatées. L'analyse relative à l'admissibilité lors d'un voir-dire doit être axée sur la question de savoir si les dangers associés au ouï-dire ont été surmontés : *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 71. Ces dangers incluent l'incapacité d'examiner la perception, la mémoire et la crédibilité du déclarant. Le fait que le juge du procès ait conclu, lors de l'audience visant à déterminer l'habilité à témoigner, que K.B. n'avait pas la capacité de percevoir, de se souvenir et de raconter ce qui s'est passé et de comprendre la différence entre la vérité et la fausseté l'a amené, mais pas de façon automatique, à conclure que le témoignage de K.B. n'était pas suffisamment fiable. Je suis d'accord avec les juges Doherty et MacPherson pour dire que [TRADUCTION] « ce n'est pas surprenant, et ce n'est pas une erreur, que le raisonnement du juge du procès sur la question du seuil de fiabilité dans sa décision relative au ouï-dire était très semblable à son raisonnement sur le voir-dire prévu à l'art. 16 de la *LPC* » (par. 48). Je suis donc d'avis de rejeter ce motif d'appel.

III. Dispositif

[152] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

**ANNEXE A**

Jusqu'en 1987, l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoyait ce qui suit :

**16.** (1) Dans toute procédure judiciaire où l'on présente comme témoin un enfant en bas âge qui, de l'avis

the opinion of the judge, justice or other presiding officer, understand the nature of an oath, the evidence of such child may be received, though not given upon oath, if, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, as the case may be, the child is possessed of sufficient intelligence to justify the reception of the evidence, and understands the duty of speaking the truth.

(2) No case shall be decided upon such evidence alone, and it must be corroborated by some other material evidence.

The origin of this provision, at stake in *Khan*, can be traced back to s. 25 of the *Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1893, c. 31. This was the first instance in Canadian history that Parliament legislated on the testimonial competence of children. At the time however, and until 1987, no statutory provision addressed the capacity to testify of adults with mental disabilities. Section 25 of the 1893 *Canada Evidence Act* provided:

**25.** In any legal proceeding where a child of tender years is tendered as a witness, and such child does not, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, understand the nature of an oath, the evidence of such child may be received, though not given upon oath, if, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, as the case may be, such child is possessed of sufficient intelligence to justify the reception of the evidence and understands the duty of speaking the truth.

2. But no case shall be decided upon such evidence alone, and such evidence must be corroborated by some other material evidence.

On October 29, 1986, Minister of Justice Ramon Hnatyshyn presented the House of Commons with Bill C-15, *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*. During the first reading of Bill C-15, cl. 17 proposed to repeal s. 16 of the *Canada Evidence Act* and to replace it with a new provision:

**17.** Section 16 of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

"**16.** (1) Where a proposed witness is a person under fourteen years of age or a person whose mental capacity is challenged, the court shall, before permitting the person to give evidence, conduct an inquiry to determine

du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire présidant, ne comprend pas la nature d'un serment, le témoignage de cet enfant peut être reçu, bien qu'il ne soit pas rendu sous serment, si, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire présidant, selon le cas, cet enfant est doué d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage, et s'il comprend le devoir de dire la vérité.

(2) Aucune cause ne peut être décidée sur ce seul témoignage, et il doit être corroboré par quelque autre témoignage essentiel.

L'origine de cette disposition, en cause dans l'arrêt *Khan*, remonte à l'art. 25 de l'*Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1893, ch. 31. Pour la première fois dans l'histoire du Canada, le Parlement légiférait sur l'habilité des enfants à témoigner. À l'époque, toutefois, et ce jusqu'en 1987, aucune disposition législative ne traitait de l'habilité à témoigner des adultes ayant une déficience intellectuelle. L'article 25 de cette loi prévoyait ce qui suit :

**25.** Dans toute procédure légale où l'on offrira un jeune enfant comme témoin, et si cet enfant, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire présidant, ne comprend pas la nature d'un serment, le témoignage de cet enfant pourra être reçu, bien qu'il ne soit pas rendu sous serment, si, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire présidant, selon le cas, cet enfant est doué d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage, et s'il comprend le devoir de dire la vérité.

2. Mais aucune cause ne sera décidée sur ce témoignage seul, et il devra être corroboré par quelque autre témoignage essentiel.

Le 29 octobre 1986, le ministre de la Justice Ramon Hnatyshyn a déposé à la Chambre des communes le projet de loi C-15, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*. En première lecture, l'art. 17 du projet de loi C-15 proposait l'abrogation de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* et son remplacement par une nouvelle disposition :

**17.** L'article 16 de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :

« **16.** (1) Avant de permettre à une personne âgée de moins de quatorze ans ou dont la capacité mentale est mise en question de témoigner, le tribunal procède à une enquête visant à déterminer si :

(*a*) whether the person understands the nature of an oath or a solemn affirmation; and

(*b*) whether the person is sufficiently intelligent that the reception of the evidence is justified.

(2) A person referred to in subsection (1) who understands the nature of an oath or a solemn affirmation and is sufficiently intelligent that the reception of the evidence is justified shall testify under oath or solemn affirmation.

(3) A person referred to in subsection (1) who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is sufficiently intelligent that the reception of the evidence is justified may testify on promising to tell the truth.

(4) A person referred to in subsection (1) who neither understands the nature of an oath or a solemn affirmation nor is sufficiently intelligent that the reception of the evidence is justified shall not testify.

(5) A party who challenges the mental capacity of a proposed witness of fourteen years of age or more has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to testify under an oath or a solemn affirmation."

A crucial amendment, for present purposes, was made to the original text of Bill C-15 by the *ad hoc* Legislative Committee on Bill C-15. This amendment replaced the requirement to be "sufficiently intelligent" initially provided in Mr. Hnatyshyn's proposal with the criterion that the proposed witness be "able to communicate the evidence".

What is striking from the lengthy works of the Legislative Committee on Bill C-15 is the focus on the "ability to communicate the evidence" as the sole qualitative requirement for the competence of children or adults with mental disabilities who do not understand the nature of an oath. There is nothing in the record of the Committee which suggests that a "promise to tell the truth" also imposed an understanding of the nature of such a promise.

*a*) d'une part, celle-ci comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle;

*b*) d'autre part, celle-ci est suffisamment intelligente pour que le recueil de son témoignage soit justifié.

(2) La personne visée au paragraphe (1) qui comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui est suffisamment intelligente pour que le recueil de son témoignage soit justifié témoigne sous serment ou affirmation solennelle.

(3) La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, est suffisamment intelligente pour que le recueil de son témoignage soit justifié peut témoigner sur promesse de dire la vérité.

(4) La personne visée au paragraphe (1) qui ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui n'est pas suffisamment intelligente pour que le recueil de son témoignage soit justifié ne peut témoigner.

(5) La partie qui met en question la capacité mentale d'un éventuel témoin âgé d'au moins quatorze ans doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs de douter de la capacité de ce témoin de comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle. »

Un amendement important, pour les besoins de l'espèce, a été apporté au libellé original du projet de loi C-15 par le Comité législatif sur le projet de loi C-15 (un comité *ad hoc*). Par cet amendement, on a remplacé la condition selon laquelle la personne devait être « suffisamment intelligente », qui figurait à l'origine dans la proposition de M. Hnatyshyn, par la condition voulant que le témoin éventuel soit « capable de communiquer les faits dans son témoignage ».

Ce qui retient l'attention dans les longs travaux du Comité législatif sur le projet de loi C-15, c'est l'importance que le Comité a attachée à la « capacité de communiquer les faits dans le témoignage » comme seule condition de nature qualitative relative à l'habilité à témoigner des enfants ou des adultes ayant une déficience intellectuelle qui ne comprennent pas la nature du serment. Les procès-verbaux du Comité n'indiquent aucunement que la « promesse de dire la vérité » exigeait aussi que la personne comprenne la nature de cette promesse.

In fact, the requirement to be "sufficiently intelligent" in the original draft was understood by the Committee as requiring an understanding of the moral difference between telling the truth and lying. On December 4, 1986, the Committee held a discussion on the meaning of "sufficient intelligence". It came to the conclusion that all that was needed for a witness to be sufficiently intelligent was to understand the moral difference between telling the truth and lying:

**Mr. Nicholson:** Well, that is the first test. I think the section Mrs. Collins referred to, proposed subsection 16(3) of our proposed section 16, says that if the person does not understand the nature of an oath, well it is fine, because it often happens that the children may not know the concept of God and hell and all that sort of thing. I have seen it happen in a trial, but if the person testifies on the promise of telling the truth then let the judge after that just decide how much weight he or she will place on that evidence without making the other determination of "sufficient intelligence".

**Mr. Pink:** Under section 16 of the Canada Evidence Act it says:

. . .

Now, it has been my experience in determining the so-called "sufficient intelligence" — that is, when the judge goes through the series of questions he normally does about how far is he in school, how is he doing in school, and things of that sort, and he knows where he lives, he knows the difference between speaking the truth and speaking a falsity and things of that sort, then the judge concludes he is of sufficient intelligence, we will accept his evidence, but because he does not understand the nature of an oath, it will be unsworn evidence, that is all.

**Mr. Nicholson:** Do you think that is still a necessary element?

**Mr. Pink:** Absolutely.

**Mr. Nicholson:** Do you think it is important to have this, that we cannot just eliminate it and have the judge decide the weight that he gives to the evidence, which is basically what we do with adults?

**Mr. Pink:** I personally feel that before a child's evidence is received, he must understand the difference

En fait, pour les membres du Comité, les mots « suffisamment intelligente » figurant dans le projet initial sous-entendaient que la personne comprenne la différence morale entre dire la vérité et mentir. Le 4 décembre 1986, le Comité a discuté de la signification de ces termes. Il est arrivé à la conclusion que tout ce qui était exigé pour qu'un témoin soit suffisamment intelligent était qu'il comprenne la différence morale entre dire la vérité et mentir :

**M. Nicholson :** Eh bien, il s'agit d'un premier test. À ce sujet, je crois que M^me^ Collins a mentionné le paragraphe 3 de l'article 16, et elle disait que si l'enfant ne comprend pas la nature d'un serment, eh bien il n'y a rien de mal à cela étant donné qu'il arrive souvent que les enfants ne comprennent pas des idées comme Dieu, l'enfer et tout ce genre de choses. Je l'ai d'ailleurs observé moi-même lors d'un procès. Toutefois, si quelqu'un comparaît après avoir promis de dire la vérité, alors laissons au juge le soin d'établir quel poids il accordera aux preuves ainsi fournies sans nous occuper de vérifier s'il y a « intelligence suffisante ».

**M. Pink :** En vertu de l'article 16 de la Loi sur la preuve au Canada, il est dit ce qui suit, et je cite :

. . .

Or d'après mon expérience lorsqu'il s'agit d'établir cette « intelligence suffisante », c'est-à-dire lorsque le juge pose toute une série de questions, il demande d'habitude à l'enfant où il en est dans ses études, quels sont [ses] résultats scolaires et des choses de ce genre. Il vérifie en outre où habite l'enfant, s'il connaît la différence entre dire la vérité et dire un mensonge et des choses de ce genre. Ensuite, il peut établir qu'il est d'intelligence suffisante et que son témoignage sera donc recevable, mais que son témoignage ne sera pas reçu sous serment, étant donné qu'il ne comprend pas la nature d'un serment, c'est tout.

**M. Nicholson :** Croyez-vous que cela reste nécessaire?

**M. Pink :** Tout à fait.

**M. Nicholson :** Est-il important de conserver cela; ne pouvons-nous pas l'éliminer et tout simplement nous en remettre au juge pour décider de l'importance à accorder aux preuves fournies, c'est-à-dire de procéder comme on le fait avec les adultes?

**M. Pink :** Personnellement, j'estime qu'avant d'entendre le témoignage d'un enfant, il faut vérifier si

between telling the truth and a falsity; he has to know that before his evidence can be received.

. . .

**Mrs. Collins:** How do you deal with the problem of a mentally retarded child? We know that sometimes those children are the victims or are easily the victims of sexual abuse. Also, how do you deal then with children of very, very tender years, who we also know can be victimized by sexual abuse, three-year-olds?

**Mr. Pink:** First of all, I do not think you will ever see a three-year-old giving evidence. I have seen cases where mentally retarded children have in fact given evidence, because the judge was satisfied, after querying him, that he knew the difference between telling the truth or a falsehood. He knew it was right to tell the truth, he knew it was wrong to tell a lie. He did not understand the nature of an oath and all that, so his evidence was not sworn.

**Mrs. Collins:** Yes. However, if we leave in the "sufficient intelligence", and with the interpretation that has been given, I still feel that is going to be a potential barrier.

**Mr. Pink:** It may be that the committee is going to have to decide on words other than "sufficient intelligence". What is the purpose of the query in the first place? Does it not really boil down to determining truth or falsehood? Is that not what it is all about?

**Mrs. Collins:** I would think so. Yes. So if the child understands the difference between telling the truth and lying, that would seem to me to be all you would really need to find out.

**Mr. Pink:** I agree. [Emphasis added; pp. 26-27.]

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15*, No. 2, 2nd Sess., 33rd Parl., December 4, 1986)

One week later, on December 11, 1986, the Legislative Committee on Bill C-15 heard evidence from Professor Nicholas Bala, then Director of the Canadian Council on Children and Youth. Professor Bala expressed his fears about the

celui-ci comprend la différence entre dire la vérité et dire un mensonge; il doit savoir cela avant qu'on entende son témoignage.

. . .

**Mme Collins :** Qu'avez-vous prévu dans le cas d'un enfant souffrant d'arriération mentale? Nous savons en effet que ces enfants peuvent parfois être assez facilement les victimes d'agression sexuelle. En outre, qu'avez-vous prévu dans le cas d'enfants en très bas âge, qui sont eux aussi l'objet d'agressions sexuelles? Je pense à des enfants de trois ans, par exemple.

**M. Pink :** D'abord, je crois qu'on ne verra jamais le jour où l'on fera comparaître un enfant de trois ans. J'ai observé certaines causes où on avait fait témoigner des enfants souffrant d'arriération mentale, mais c'était parce que le juge les avait interrogés et savait donc qu'ils connaissaient la différence entre dire la vérité et dire un mensonge. Les enfants savaient qu'il était bien de dire la vérité et mal de dire un mensonge. Ils ne comprenaient cependant pas la nature d'un serment, et leur témoignage n'avait donc pas été reçu sous serment.

**Mme Collins :** Oui. Cependant, si nous conservons le concept de « l'intelligence suffisante », et si on l'interprète de la même façon que précédemment, j'ai quand même l'impression que cela constituera peut-être un obstacle.

**M. Pink :** Il faudra peut-être que le Comité choisisse alors d'autres termes que « intelligence suffisante ». De toute façon, pourquoi pose-t-on d'abord toutes ces questions? S'agit-il vraiment de savoir si le témoin sait distinguer entre le vrai et le faux? Est-ce que tout ne revient pas à cela?

**Mme Collins :** Je le pense. Oui. En conséquence, si l'enfant comprend la différence entre dire la vérité et dire un mensonge, il me semble que l'on disposerait là de tout ce dont on a vraiment besoin.

**M. Pink :** J'abonde en ce sens. [Je souligne; p. 26-27.]

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15*, n$^{o}$ 2, 2$^{e}$ sess., 33$^{e}$ lég., 4 décembre 1986)

Une semaine plus tard, le 11 décembre 1986, le Comité législatif sur le projet de loi C-15 a entendu le professeur Nicholas Bala, qui était alors directeur du Conseil canadien de l'enfance et de la jeunesse. Le professeur Bala a fait part de ses craintes

"sufficient intelligence" requirement for testimonial capacity as understood by the Committee, and he proposed replacing it with the ability to communicate criterion:

**Dr. Nick Bala . . .**

Our concern is that standard of sufficient intelligence. A layperson or indeed even a lawyer not familiar with the case law might think well, of course, you are not going to want to hear from a child not sufficiently intelligent enough to testify. But when one starts looking at the case law and when one realizes that the concept of "sufficient intelligence" is one which appears in the present section 16 of the Canada Evidence Act, one realizes it therefore will be brought to the courts with all the precedents decided and all the traditions decided. That will make it very difficult for children to testify; in particular children under 10 may well be considered, for example, to be of average intelligence, but not of sufficient intelligence to testify.

Therefore we would submit that there should be another test, and the test we have suggested in our brief is a test of ability to communicate; that is to say the judge should be satisfied the child is able to communicate, and if the child seems able to communicate the case should be left to the trier of the fact, the jury or the judge. Obviously a prosecutor who is calling a child as a witness is not going to do that unless the prosecutor is satisfied the child has something to say of value and some recollection of the events, and is not going to be wasting everybody's time.

(*Ibid.*, No. 3, 2nd Sess., 33rd Parl., December 11, 1986, at p. 7)

The debates that followed in the Committee supported the view that it was not prudent to condition testimonial capacity on sufficiency of intelligence, which was conceived as including an understanding of the difference between truth and falsity. As a result, the Committee modified the proposed amendment to s. 16 of the *Canada Evidence Act* in order to replace the requirement of sufficient intelligence for ability to communicate the evidence, as was originally suggested by Professor Bala.

concernant la compréhension qu'avait le Comité de la condition selon laquelle la personne devait être « suffisamment intelligente » relativement à l'habilité à témoigner, et il a proposé de la remplacer par le critère de la capacité de communiquer les faits dans son témoignage :

**M. Nick Bala . . .**

Nous nous demandons comment on entend déterminer qu'un enfant est suffisamment intelligent. En effet, un non-initié ou même un avocat qui ne connaît pas bien la jurisprudence, pourrait très bien penser que, de toute manière, on ne voudrait pas entendre le témoignage d'un enfant qui n'est pas suffisamment intelligent. Mais qu'est-ce que cette notion figure dans ce projet de l'article 16 de la Loi sur la preuve, cela veut dire qu'il y aura des précédents et des traditions. Nous craignons donc que cette disposition fasse obstacle aux témoignages des enfants, surtout des enfants âgés de moins de 10 ans qui, même s'ils sont d'intelligence moyenne, pourraient être considér[és] comme pas suffisamment intelligents pour témoigner.

Nous préconisons par conséquent l'adoption d'un autre critère qui est la capacité de communiquer. C'est-à-dire que dans les cas où l'enfant semble capable de communiquer, c'est le jury ou le juge qui devrait décider de l'admissibilité du témoignage. Il nous semble assez évident qu'un procureur qui cite un enfant comme témoin ne le fera que s'il est persuadé que l'enfant se souvient assez bien des évènements, qu'il ne fera pas perdre le temps de tout le monde et que son témoignage sera utile.

(*Ibid.*, nº 3, 2e sess., 33e lég., 11 décembre 1986, p. 7)

Dans les débats qui ont suivi, le Comité a souscrit à l'opinion selon laquelle il n'était pas prudent de faire dépendre l'habilité à témoigner de la condition selon laquelle une personne devait être suffisamment intelligente, laquelle condition était censée sous-entendre que la personne comprenait la différence entre la vérité et la fausseté. Par conséquent, le Comité a amendé la modification envisagée à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* afin de remplacer la condition selon laquelle la personne devait être suffisamment intelligente par la condition qu'elle devait être capable de communiquer les faits dans son témoignage, comme le professeur Bala l'avait initialement proposé.

As such, s. 18 of the *Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24, provided the following:

**18.** Section 16 of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

"**16.** (1) Where a proposed witness is a person under fourteen years of age or a person whose mental capacity is challenged, the court shall, before permitting the person to give evidence, conduct an inquiry to determine

(*a*) whether the person understands the nature of an oath or a solemn affirmation; and

(*b*) whether the person is able to communicate the evidence.

(2) A person referred to in subsection (1) who understands the nature of an oath or a solemn affirmation and is able to communicate the evidence shall testify under oath or solemn affirmation.

(3) A person referred to in subsection (1) who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is able to communicate the evidence may testify on promising to tell the truth.

(4) A person referred to in subsection (1) who neither understands the nature of an oath or a solemn affirmation nor is able to communicate the evidence shall not testify.

(5) A party who challenges the mental capacity of a proposed witness of fourteen years of age or more has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to testify under an oath or a solemn affirmation."

The amendment to Bill C-15 shows that Parliament did not intend children and adults with mental disabilities to be questioned on their understanding of the difference between truth and falsehood in order to testify.

Additionally, the fact that the legislative debates emphasized that ability to communicate was the qualitative condition for testimonial capacity under s. 16(3), and that no mention was made that promising to tell the truth required understanding of a promise to tell the truth, demonstrate the intent of Parliament that a mere promise would suffice.

Ainsi, l'art. 18 de la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 1987, ch. 24, prévoyait ce qui suit :

**18.** L'article 16 de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :

« **16.** (1) Avant de permettre à une personne âgée de moins de quatorze ans ou dont la capacité mentale est mise en question de témoigner, le tribunal procède à une enquête visant à déterminer si :

*a*) d'une part, celle-ci comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle;

*b*) d'autre part, celle-ci est capable de communiquer les faits dans son témoignage.

(2) La personne visée au paragraphe (1) qui comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui est capable de communiquer les faits dans son témoignage sous serment ou affirmation solennelle.

(3) La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut témoigner sur promesse de dire la vérité.

(4) La personne visée au paragraphe (1) qui ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui n'est pas capable de communiquer les faits dans son témoignage ne peut témoigner.

(5) La partie qui met en question la capacité mentale d'un éventuel témoin âgé d'au moins quatorze ans doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs de douter de la capacité de ce témoin de comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle. »

L'amendement apporté au projet de loi C-15 démontre que le législateur ne voulait pas que les enfants et les adultes ayant une déficience intellectuelle soient interrogés sur leur compréhension de la différence entre la vérité et le mensonge afin de pouvoir témoigner.

De plus, le fait que, dans les débats législatifs, il ait été souligné que la capacité de communiquer les faits dans le témoignage était la condition de nature qualitative relative à l'habilité à témoigner prévue au par. 16(3), et que l'on n'ait pas mentionné que la promesse de dire la vérité sous-entendait une compréhension de la promesse de dire la vérité, démontre que le législateur voulait qu'une simple promesse de dire la vérité soit suffisante.

## APPENDIX B

The second important amendment to s. 16 of the *Canada Evidence Act* began in 2004, when Minister of Justice Irwin Cotler presented the House of Commons with Bill C-2. In 2005, Parliament adopted the *Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, S.C. 2005, c. 32. Sections 26 and 27 provided:

**26. The portion of subsection 16(1) of the *Canada Evidence Act* before paragraph (*a*) is replaced by the following:**

**16.** (1) If a proposed witness is a person of fourteen years of age or older whose mental capacity is challenged, the court shall, before permitting the person to give evidence, conduct an inquiry to determine

**27. The Act is amended by adding the following after section 16:**

**16.1** (1) A person under fourteen years of age is presumed to have the capacity to testify.

(2) A proposed witness under fourteen years of age shall not take an oath or make a solemn affirmation despite a provision of any Act that requires an oath or a solemn affirmation.

(3) The evidence of a proposed witness under fourteen years of age shall be received if they are able to understand and respond to questions.

(4) A party who challenges the capacity of a proposed witness under fourteen years of age has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to understand and respond to questions.

(5) If the court is satisfied that there is an issue as to the capacity of a proposed witness under fourteen years of age to understand and respond to questions, it shall, before permitting them to give evidence, conduct an inquiry to determine whether they are able to understand and respond to questions.

(6) The court shall, before permitting a proposed witness under fourteen years of age to give evidence, require them to promise to tell the truth.

(7) No proposed witness under fourteen years of age shall be asked any questions regarding their

## ANNEXE B

La deuxième modification importante apportée à l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* a été introduite en 2004, lorsque le ministre de la Justice Irwin Cotler a déposé le projet de loi C-2 à la Chambre des communes. En 2005, le législateur a adopté la *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, ch. 32. Les articles 26 et 27 de cette Loi prévoyaient ce qui suit :

**26. Le passage du paragraphe 16(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* précédant l'alinéa *a*) est remplacé par ce qui suit :**

**16.** (1) Avant de permettre le témoignage d'une personne âgée d'au moins quatorze ans dont la capacité mentale est mise en question, le tribunal procède à une enquête visant à décider si :

**27. La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 16, de ce qui suit :**

**16.1** (1) Toute personne âgée de moins de quatorze ans est présumée habile à témoigner.

(2) Malgré toute disposition d'une loi exigeant le serment ou l'affirmation solennelle, une telle personne ne peut être assermentée ni faire d'affirmation solennelle.

(3) Son témoignage ne peut toutefois être reçu que si elle a la capacité de comprendre les questions et d'y répondre.

(4) La partie qui met cette capacité en question doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs d'en douter.

(5) Le tribunal qui estime que de tels motifs existent procède, avant de permettre le témoignage, à une enquête pour vérifier si le témoin a la capacité de comprendre les questions et d'y répondre.

(6) Avant de recevoir le témoignage, le tribunal fait promettre au témoin de dire la vérité.

(7) Aucune question sur la compréhension de la nature de la promesse ne peut être posée au témoin en

understanding of the nature of the promise to tell the truth for the purpose of determining whether their evidence shall be received by the court.

(8) For greater certainty, if the evidence of a witness under fourteen years of age is received by the court, it shall have the same effect as if it were taken under oath.

A reading of the works of the two standing committees which studied Bill C-2 shows that Parliament did not intend the prohibition of questions to children on whether they understand the duty to tell the truth under s. 16.1(7) to change the law. On the contrary, s. 16.1(7) was seen as reaffirming the requirement of s. 16(3) that the ability to communicate the evidence was the sole qualitative condition for capacity and that a mere promise to tell the truth would suffice.

During a debate on the phrasing of s. 16.1(7), held in the House of Commons Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness, a discussion between Joe Comartin and Professor Nicholas Bala revealed the perception that s. 16(3) had been misinterpreted by courts. The original intent of the provision was to allow challenged witnesses to testify by merely promising to tell the truth, once they were held to be able to communicate the evidence. This discussion, which occurred on March 24, 2005, shows that s. 16.1(7) was aimed at clarifying the state of the law:

**Mr. Joe Comartin (Windsor—Tecumseh, NDP):** Professor Bala, to start, I read your material in the paper around the changes you want to proposed subsection 16.1(7), but I don't understand, quite frankly, how you would change it. Proposed subsection 16.1(6) provides, as you're promoting strongly, that no oath be issued, that they simply be required to promise to tell the truth.

So I don't know exactly how you want (7) amended, from its current proposal.

**Prof. Nicholas Bala:** The concern I have about proposed subsection 16.1(7) is that it says no child shall be

vue de vérifier si son témoignage peut être reçu par le tribunal.

(8) Il est entendu que le témoignage reçu a le même effet que si le témoin avait prêté serment.

Les procès-verbaux des deux comités permanents qui ont étudié le projet de loi C-2 indiquent que le législateur ne voulait pas modifier l'état du droit en interdisant, au par. 16.1(7), que des questions soient posées aux enfants quant à savoir s'ils comprennent le devoir de dire la vérité. Au contraire, on considérait que le par. 16.1(7) réitérait l'exigence prévue au par. 16(3) selon laquelle la capacité de communiquer les faits dans le témoignage constituait la seule condition de nature qualitative relative à l'habilité à témoigner et qu'une simple promesse de dire la vérité suffisait.

Au cours d'une séance du Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile, de la Chambre des communes, portant sur la formulation du par. 16.1(7), une discussion entre Joe Comartin et le professeur Nicholas Bala a révélé que l'on estimait que le par. 16(3) avait été mal interprété par les tribunaux. À l'origine, le législateur voulait, par cette disposition, permettre aux personnes dont la capacité mentale est mise en question de témoigner en ne faisant que promettre de dire la vérité, et ce, dès qu'ils avaient été jugés aptes à communiquer les faits dans leur témoignage. Cette discussion, tenue le 24 mars 2005, révèle que le par. 16.1(7) visait à préciser l'état du droit :

**M. Joe Comartin (Windsor—Tecumseh, NPD) :** Monsieur Bala, pour commencer, j'ai pris connaissance de votre mémoire et des changements que vous suggérez à l'égard du paragraphe 16.1(7) proposé, mais, en toute franchise, je ne comprends pas comment vous le changeriez. Le paragraphe 16.1(6) proposé prévoit que les enfants ne prêteront pas serment, qu'ils seront simplement tenus de promettre de dire la vérité, et cela correspond à ce que vous préconisez avec tant de vigueur.

Je ne comprends pas exactement de quelle façon vous voulez modifier le paragraphe (7), dans sa forme actuelle.

**M. Nicholas Bala :** Ce qui me préoccupe du paragraphe 16.1(7) proposé, c'est qu'il prévoit qu'aucune

asked any questions regarding their understanding of the nature "of the promise" for the purpose of determining whether their evidence shall be received by the court, and I would submit to you that it should be "of the promise to tell the truth".

It's a relatively small change, but again, the concern I have arises out of the fact that the present legislation has been interpreted very narrowly by judges. When you actually go back through the transcripts — I was actually a witness in 1988, when the provisions came into effect — I think it was thought by people, well, we don't have to be very explicit here, because the judges will get this right.

Obviously, on many issues we do have to trust our judiciary, but on certain issues I think it's important to give them as much direction as possible. My concern is that some judge might read this — and we have quite a lot of case law about this — and say, okay, I can't ask you about your understanding of the nature of the promise, but what about asking you questions about truth-telling? Parliament specifically said in subsection 16.1(6) that you'll be required to promise to tell the truth. We can't ask about the nature of the promise, but can we ask you about "truth" and "lie"?

Some judges will continue to interpret it that way. In some ways, it's a very small amendment, but I assume it's consistent with your actual intent. My concern, as I say, has been based on how some of these previous provisions have been interpreted. [Emphasis added; p. 7.]

(House of Commons, *Evidence of the Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness*, No. 26, 1st Sess., 38th Parl., March 24, 2005)

This perception was also shared, at the time, by the Department of Justice. Ms. Catherine Kane, Director of the Policy Centre for Victim Issues of Justice Canada, testified that s. 16 was originally intended by Parliament to allow witnesses to give evidence without inquiring into their comprehension of the duty to tell the truth. During her opening statement before the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, on July 7,

question sur la compréhension de la nature de la « promesse » ne peut être posée à l'enfant en vue de vérifier si son témoignage peut être reçu par le tribunal, et j'avance qu'il faudrait reformuler afin qu'il s'agisse de « la promesse de dire la vérité ».

C'est un changement relativement modeste, mais, encore une fois, ma préoccupation découle du fait que la loi actuelle a été interprétée de façon très étroite par les juges. Quand on consulte les transcriptions — j'ai été témoin en 1988, quand les dispositions sont entrées en vigueur — je crois que les gens ont pensé : « Eh bien, nous n'avons pas besoin d'être explicites à cet endroit, car les juges comprendront. »

Évidemment, nous devons faire confiance à notre magistrature au sujet d'un grand nombre de questions, mais, pour certains enjeux, je crois qu'il est important de les orienter le plus possible. Je crains qu'un juge lise ceci — et nous avons une imposante jurisprudence qui reflète cela — et se dis[e] : « Bon, je ne peux t'interroger pour déterminer si tu comprends la nature de la promesse, mais est-ce que je peux te poser des questions sur le sens de la vérité? » Le Parlement prévoit explicitement, au paragraphe 16.1(6), qu'ils seront tenus de promettre de dire la vérité. On ne peut interroger les enfants sur la nature de la promesse, mais est-ce qu'on peut leur poser des questions sur le sens de « vérité » et de « mensonge »?

Certains juges continueront de l'interpréter de cette façon. Dans une certaine mesure, c'est une modification très modeste, mais je suppose que cela correspond au but de votre projet de loi. Ma préoccupation, comme je l'ai dit, concerne la façon dont certaines de ces dispositions antérieures ont été interprétées. [Je souligne; p. 7.]

(Chambre des communes, *Témoignages devant le Comité permanent de la justice, des droits de la personne, de la sécurité publique et de la protection civile*, n° 26, 1re sess., 38e lég., 24 mars 2005)

Cette perception était également partagée, à l'époque, par les juristes du ministère de la Justice. Mme Catherine Kane, directrice du Centre de la politique concernant les victimes, au ministère fédéral de la Justice, a affirmé que le législateur voulait, à l'origine, que l'art. 16 permette aux enfants de témoigner sans que l'on cherche à savoir s'ils comprennent le devoir de dire la vérité. Au cours de sa déclaration d'ouverture devant le Comité sénatorial

2005, Ms. Kane explained how the initial purpose of s. 16 had been misinterpreted by courts:

**Ms. Catherine Kane . . .**

The other part concerns the amendments to the Canada Evidence Act with respect to children. Under the current law, the Canada Evidence Act treats children under 14 in the same way as it treats other people whose mental capacity is challenged. There is a current section 16 that requires the judge to conduct a two-part inquiry whether they are dealing with a person who has some mental disabilities or whether they are dealing with a child under 14. The two-part inquiry requires the judge to first determine, in the case of a child, whether the child understands the nature of an oath or the nature of a solemn affirmation and, second, to determine if the child is able to communicate the evidence. These amendments were made in 1988 with the purpose of trying to more readily permit children's evidence to be received. However, as the cases have interpreted this provision, we have not seen that ready acceptance of children's evidence.

If these two criteria are met, the child gives evidence under an oath or an affirmation. However, if the child does not understand the nature of the oath or the affirmation but has the ability to communicate the evidence, the evidence is received on a promise to tell the truth. That is the current law. While it may appear quite sensible on its face, the interpretations and practise of these provisions do not reflect Parliament's intention in amending the [e]vidence in an effort to permit children's evidence to be admitted more readily.

As interpreted by the courts, section 16 requires that before the child is permitted to testify, the child be subjected to an inquiry as to his or her understanding of the obligation to tell the truth, the concept of a promise, and an ability to communicate. [Emphasis added; pp. 105-6.]

(Senate, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, No. 18, 1st Sess., 38th Parl., July 7, 2005)

*Appeal allowed,* BINNIE, LEBEL *and* FISH JJ. *dissenting.*

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

permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles, le 7 juillet 2005, M^me^ Kane a expliqué en quoi l'objet initial visé par l'art. 16 avait été mal interprété par les tribunaux :

**Mme Catherine Kane . . .**

L'autre partie concerne les modifications à la Loi sur la preuve [au] Canada, relativement aux enfants. En vertu de la loi actuelle, la Loi sur la preuve au Canada traite les enfants de moins de 14 ans de la même manière qu'elle traite d'autres personnes dont la capacité mentale est mise en question. Il y a un article actuellement, l'article 16, qui oblige le juge à mener une enquête en deux parties, qu'il ait affaire à une personne qui a quelque incapacité mentale ou à un enfant de moins de 14 ans. L'enquête en deux parties exige du juge, d'abord, qu'il détermine, dans le cas d'un enfant, si celui-ci saisit la nature d'un serment ou d'une affirmation solennelle, et, deuxièmement, qu'il détermine si l'enfant est capable de communiquer la preuve. Ces modifications ont été apportées en 1988 pour rendre plus facilement acceptables les témoignages des enfants. Cependant, d'après la manière dont cette disposition a été interprétée dans certains procès, nous n'avons pas encore observé d'acceptation sans réserve de témoignages d'enfants.

Si ces deux critères sont respectés, un enfant témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle. Cependant, si l'enfant ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation mais est capable de communiquer la preuve, celle-ci est reçue sur promesse de dire la vérité. C'est la loi actuelle. Bien que cela puisse paraître logique à première vue, les interprétations et applications de ces dispositions ne reflètent pas l'intention du Parlement de modifier la Loi sur la preuve de manière à ce que les témoignages des enfants soient plus facilement acceptés.

Tel qu'il est interprété par les tribunaux, l'article 16 stipule qu'avant qu'un enfant soit autorisé à témoigner, il doit être assujetti à un interrogatoire pour déterminer son degré d'entendement de l'obligation de dire la vérité et du concept d'une promesse, et ses capacités de communiquer. [Je souligne; p. 105-106.]

(Sénat, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, n^o^ 18, 1^re^ sess., 38^e^ lég., 7 juillet 2005)

*Pourvoi accueilli, les juges* BINNIE, LEBEL *et* FISH *sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.*

*Solicitor for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the DisAbled Women's Network Canada: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Di Luca Copeland Davies, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Council of Canadians with Disabilities: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intimé : Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.*

*Procureur des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada : Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Di Luca Copeland Davies, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences : Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

*v.*

**T.L.M.** *Respondent*

**INDEXED AS: R. *v.* T.L.M.**

**2012 SCC 6**

File No.: 34288.

2012: February 14.

Present: Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

*Criminal law — Evidence — Similar fact evidence — Admissibility of similar fact evidence relating to previous conviction of the accused for sexual assault — Trial judge did not err in admitting similar fact evidence.*

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Welsh, Rowe and Hoegg JJ.A.), 2011 NLCA 24, 307 Nfld. & P.E.I.R. 262, 954 A.P.R. 262, 271 C.C.C. (3d) 148, 85 C.R. (6th) 170, [2011] N.J. No. 118 (QL), 2011 CarswellNfld 115, setting aside convictions entered by Adams J., 2010 NLTD 12, 294 Nfld. & P.E.I.R. 308, 908 A.P.R. 308, [2009] N.J. No. 374 (QL), 2009 CarswellNfld 356. Appeal allowed.

*Stephen R. Dawson*, for the appellant.

*Derek Hogan*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] DESCHAMPS J. — We agree with Hoegg J.A., dissenting at the Court of Appeal, that the trial judge committed no reviewable error. Therefore, the appeal is allowed.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

*c.*

**T.L.M.** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. *c.* T.L.M.**

**2012 CSC 6**

N° du greffe : 34288.

2012 : 14 février.

Présents : Les juges Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

*Droit criminel — Preuve — Preuve de faits similaires — Admissibilité d'éléments de preuve de faits similaires concernant une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée antérieurement contre l'accusé — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant cette preuve de faits similaires.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, Rowe et Hoegg), 2011 NLCA 24, 307 Nfld. & P.E.I.R. 262, 954 A.P.R. 262, 271 C.C.C. (3d) 148, 85 C.R. (6th) 170, [2011] N.J. No. 118 (QL), 2011 CarswellNfld 115, qui a annulé des déclarations de culpabilité inscrites par le juge Adams, 2010 NLTD 12, 294 Nfld. & P.E.I.R. 308, 908 A.P.R. 308, [2009] N.J. No. 374 (QL), 2009 CarswellNfld 356. Pourvoi accueilli.

*Stephen R. Dawson*, pour l'appelante.

*Derek Hogan*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Nous partageons l'opinion de la juge Hoegg, dissidente en Cour d'appel, selon laquelle le juge du procès n'a commis aucune erreur susceptible de révision. L'appel est donc accueilli.

[2] Having heard the parties, we also agree with the dissenting judge that count No. 1 should be stayed and that the convictions on the other counts should be restored.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.*

*Solicitor for the respondent: Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.*

[2] Après avoir entendu les parties, nous sommes également d'accord avec la juge dissidente pour prononcer l'arrêt des procédures relativement au chef d'accusation nº 1 et rétablir les déclarations de culpabilité relativement aux autres chefs.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.*

*Procureur de l'intimé : Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.*

**S.L. and D.J.** *Appellants*

*v.*

**Commission scolaire des Chênes and Attorney General of Quebec** *Respondents*

and

**Christian Legal Fellowship, Canadian Civil Liberties Association, Coalition pour la liberté en éducation, Evangelical Fellowship of Canada, Regroupement Chrétien pour le droit parental en éducation, Canadian Council of Christian Charities, Fédération des commissions scolaires du Québec and Canadian Catholic School Trustees' Association** *Interveners*

**INDEXED AS: S.L. *v.* COMMISSION SCOLAIRE DES CHÊNES**

**2012 SCC 7**

File No.: 33678.

2011: May 18; 2012: February 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Burden of proof at stage of demonstrating infringement of right to freedom of religion — Objective proof of interference with practice or belief — Parents sincerely believing in obligation to pass on precepts of Catholic religion to children — Whether ethics and religious culture program objectively interfering with parents' ability to pass on faith to children — Whether parents demonstrating that program infringed their freedom of conscience and religion protected by s. 2(a) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether refusal of school board to exempt children from*

**S.L. et D.J.** *Appelants*

*c.*

**Commission scolaire des Chênes et procureur général du Québec** *Intimés*

et

**Alliance des chrétiens en droit, Association canadienne des libertés civiles, Coalition pour la liberté en éducation, Alliance évangélique du Canada, Regroupement Chrétien pour le droit parental en éducation, Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes, Fédération des commissions scolaires du Québec et Association canadienne des commissaires d'écoles catholiques** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : S.L. *c.* COMMISSION SCOLAIRE DES CHÊNES**

**2012 CSC 7**

N° du greffe : 33678.

2011 : 18 mai; 2012 : 17 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Écoles — Programme d'éthique et de culture religieuse obligatoire — Fardeau à l'étape de la preuve de l'atteinte au droit à la liberté de religion — Démonstration de facteurs objectifs entravant le respect d'une pratique ou d'une croyance — Parents croyant sincèrement en l'obligation de transmettre à leurs enfants les préceptes de la religion catholique — Le programme d'éthique et de culture religieuse constituait-il, objectivement, une entrave à leur capacité de transmettre leur foi à leurs enfants? — Les parents ont-ils fait la preuve que le programme portait atteinte à leur liberté de conscience et de religion que protège l'art. 2a) de la*

*ethics and religious culture course infringed their constitutional right.*

*Human rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Whether parents demonstrating that program infringed their freedom of conscience and religion protected by s. 3 of the Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12.*

*Administrative law — Judicial review — School authorities — Parents requesting that school board exempt their children from ethics and religious culture course to avoid causing them serious harm — Requests for exemption denied — Whether decision of school board made at dictate of third party — Education Act, R.S.Q., c. I-13.3, s. 222.*

In 2008, the Ethics and Religious Culture ("ERC") Program became mandatory in Quebec schools, replacing Catholic and Protestant programs of religious and moral instruction. L and J requested that the school board exempt their children from the ERC course putting forward the existence of serious harm to the children within the meaning of s. 222 of the *Education Act*. The director of educational resources for young students denied the exemptions. L and J requested that the school board's council of commissioners reconsider that decision, and the council of commissioners upheld this decision. L and J then turned to the Superior Court seeking both a declaration that the ERC Program infringed their and their children's right to freedom of conscience and religion, and judicial review of the decisions denying their requests for exemption from the ERC course. They claimed that these decisions had been made at the dictate of the Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport ("Ministère"). The Superior Court dismissed the motion for declaratory judgment and the motion for judicial review. Upon motions being brought by the school board and the Attorney General of Quebec to dismiss the appeal, the Court of Appeal refused to hear L and J's appeal as of right and also dismissed their motion for leave to appeal.

*Held*: The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: Although the sincerity of a person's belief that a religious practice must be observed is relevant to whether the person's right to freedom of religion is at issue, an infringement of this

*Charte canadienne des droits et libertés? — Le refus de la commission scolaire d'exempter leurs enfants du cours d'éthique et de culture religieuse contrevenait-il à leur droit constitutionnel?*

*Droits de la personne — Liberté de religion — Écoles — Programme d'éthique et de culture religieuse obligatoire — Les parents ont-ils fait la preuve que le programme portait atteinte à leur liberté de conscience et de religion que protège l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12?*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Autorités scolaires — Parents demandant à la commission scolaire d'exempter leurs enfants du cours d'éthique et de culture religieuse afin d'éviter à ceux-ci un préjudice grave — Demandes d'exemption refusées — La décision de la commission scolaire a-t-elle été prise sous la dictée d'un tiers? — Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., ch. I-13.3, art. 222.*

En 2008, le programme d'éthique et de culture religieuse (« ÉCR ») devient obligatoire dans les écoles du Québec en remplacement des programmes d'enseignement moral et religieux catholique et protestant. L et J demandent à la commission scolaire d'exempter leurs enfants du cours ÉCR en invoquant l'existence d'un préjudice grave pour ces derniers au sens de l'art. 222 de la *Loi sur l'instruction publique*. La directrice du Service des ressources éducatives aux jeunes refuse les exemptions. L et J demandent la révision de cette décision au conseil des commissaires de la commission scolaire, qui la confirme. L et J s'adressent alors à la Cour supérieure et sollicitent à la fois un jugement déclarant que le programme ÉCR porte atteinte à leur droit à la liberté de conscience et de religion, ainsi qu'à celui de leurs enfants, et la révision judiciaire des décisions refusant leurs demandes d'exemption du cours ÉCR. Ils allèguent qu'elles ont été prises sous la dictée du ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport (« Ministère »). La Cour supérieure rejette la requête en jugement déclaratoire et la demande de révision judiciaire. Saisie de requêtes en rejet d'appel déposées par la commission scolaire et le procureur général du Québec, la Cour d'appel refuse d'entendre l'appel de plein droit de L et J et elle rejette également leur requête pour permission d'appeler.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Si la sincérité de la croyance d'une personne en l'obligation de se conformer à une pratique religieuse est pertinente pour établir que son droit à la liberté de religion

right cannot be established without objective proof of an interference with the observance of that practice. It is not enough for a person to say that his or her rights have been infringed. The person must prove the infringement on a balance of probabilities.

In the present case, L and J sincerely believe that they have an obligation to pass on the precepts of the Catholic religion to their children. The sincerity of their belief in this practice is not challenged. To discharge their burden at the stage of proving an infringement, L and J had to show that, from an objective standpoint, the ERC Program interfered with their ability to pass their faith on to their children. In this regard, they claim that the ERC Program is not in fact neutral and that students following the ERC course would be exposed to a form of relativism which would interfere with their ability to pass their faith on to their children. They also maintain that exposing children to various religious facts is confusing for them. The evidence demonstrates, firstly, that the Ministère's formal purpose does not appear to have been to transmit a philosophy based on relativism or to influence young people's specific beliefs. Exposing children to a comprehensive presentation of various religions without forcing the children to join them does not constitute an indoctrination of students that would infringe the freedom of religion of L and J. Furthermore, the early exposure of children to realities that differ from those in their immediate family environment is a fact of life in society. The suggestion that exposing children to a variety of religious facts in itself infringes their religious freedom or that of their parents amounts to a rejection of the multicultural reality of Canadian society and ignores the Quebec government's obligations with regard to public education.

L and J have not proven that the ERC Program infringed their freedom of religion, or consequently, that the school board's refusal to exempt their children from the ERC course violated their constitutional right. They have also shown no error that would justify setting aside the trial judge's conclusion that the school board's decision was not made at the dictate of a third party.

*Per* LeBel and Fish JJ.: The violation claimed by L and J to their right to freedom of religion concerned the obligations of parents relating to the religious upbringing of their children and the passing on of their faith. Following the analytical approach adopted in *Amselem*, L and J needed first to establish that their religious belief was sincere and, subsequently, that the

est en jeu, la preuve de l'atteinte à ce droit requiert, elle, la démonstration de facteurs objectifs entravant le respect de cette pratique. Il ne suffit pas que la personne déclare que ses droits sont enfreints. Il lui incombe de prouver l'atteinte suivant la prépondérance des probabilités.

En l'espèce, L et J croient sincèrement avoir l'obligation de transmettre à leurs enfants les préceptes de la religion catholique. La sincérité de leur croyance en cette pratique n'est pas contestée. À l'étape de la preuve de l'atteinte, L et J devaient démontrer que le programme ÉCR constituait, objectivement, une entrave à leur capacité de transmettre leur foi à leurs enfants. À cet égard, ils prétendent que la neutralité du programme ÉCR ne serait pas réelle et que le relativisme auquel seraient exposés les élèves qui suivent le cours ÉCR entraverait leur capacité de transmettre leur foi à leurs enfants. Ils objectent aussi que l'exposition des enfants à différents faits religieux crée de la confusion chez ces derniers. Tout d'abord, il ressort de la preuve que le but formel du Ministère ne paraît pas avoir été de transmettre une philosophie fondée sur le relativisme ou d'influencer les croyances particulières des jeunes. Le fait même d'exposer les enfants à une présentation globale de diverses religions sans les obliger à y adhérer ne constitue pas un endoctrinement des élèves qui porterait atteinte à la liberté de religion de L et J. De plus, l'exposition précoce des enfants à des réalités autres que celles qu'ils vivent dans leur environnement familial immédiat constitue un fait de la vie en société. Suggérer que le fait même d'exposer des enfants à différents faits religieux porte atteinte à la liberté de religion de ceux-ci ou de leurs parents revient à rejeter la réalité multiculturelle de la société canadienne et méconnaître les obligations de l'État québécois en matière d'éducation publique.

L et J n'ont pas fait la preuve que le programme ÉCR portait atteinte à leur liberté de religion ni, par conséquent, que le refus de la commission scolaire d'exempter leurs enfants du cours ÉCR contrevenait à leur droit constitutionnel. Ils n'ont également démontré aucune erreur justifiant d'écarter la conclusion du juge de première instance selon laquelle la décision de la commission scolaire n'avait pas été prise sous la dictée d'un tiers.

*Les* juges LeBel et Fish : La violation alléguée par L et J de leur droit à la liberté de religion portait sur les obligations des parents à l'égard de l'éducation religieuse de leurs enfants et de la transmission de leur foi à ces derniers. Suivant la grille d'analyse adoptée dans l'arrêt *Amselem*, L et J devaient d'abord établir la sincérité de leur croyance religieuse et, par la suite, l'atteinte que

ERC Program infringed that aspect of their freedom of religion. This second part of the analysis must remain objective in nature. It was not enough to express disagreement with the program and its objectives. L and J's evidence concerning the violation of their freedom of religion consisted of a statement of their faith and of their conviction that the ERC Program interfered with their obligation to teach and pass on that faith to their children. In addition, they filed the ERC Program as well as a textbook used to teach the program. In its current form, the program says little about the actual content of the teaching and the approach that teachers will actually take in dealing with their students. It determines neither the content of the textbooks or educational materials to be used, nor their approach to religious facts or to the relationship between religious values and the ethical choices open to students. The program is made up of general statements, diagrams, descriptions of objectives and competencies to be developed as well as various recommendations for the program's implementation. It is not really possible to assess what the program's implementation will actually mean. Despite the filing of a textbook, the evidence concerning the teaching methods and content and the spirit in which the program is taught has remained sketchy. Based on the rules of civil evidence, therefore, the documentary evidence does not make it possible to find a violation of the *Canadian Charter* or the *Quebec Charter*. The state of the record, however, does not make it possible to conclude that the ERC Program and its implementation could not, in the future, possibly infringe the rights granted to L and J and persons in the same situation.

le programme ÉCR apporterait à cet aspect de leur liberté de religion. Cette seconde partie de l'analyse doit conserver un caractère objectif. Le seul fait d'affirmer leur désaccord avec le programme et ses objectifs ne suffisait pas. La preuve présentée par L et J pour établir la violation de leur liberté de religion consistait d'abord à affirmer leur foi et leur conviction que le programme ÉCR portait atteinte à leur obligation d'enseigner et de transmettre cette foi à leurs enfants. En outre, ils ont déposé le programme en question ainsi qu'un manuel scolaire destiné à l'enseignement de ce programme. Dans sa forme actuelle, le programme dit en réalité peu de chose sur le contenu concret de l'enseignement et sur l'approche qui sera effectivement adoptée par les enseignants dans leurs relations avec les élèves. Il ne détermine pas non plus le contenu des manuels ou des autres ressources pédagogiques qui seront utilisés, ni leur approche à l'égard des faits religieux ou des rapports entre les valeurs religieuses et les choix éthiques ouverts aux étudiants. Le programme est composé d'énoncés généraux, de diagrammes, de descriptions d'objectifs et de compétences à développer, ainsi que de recommandations diverses sur son application. Il ne permet guère d'apprécier quel effet entraînera réellement son application. Malgré le dépôt d'un manuel scolaire, la preuve sur les méthodes et le contenu de l'enseignement, comme sur son esprit, est restée schématique. La preuve documentaire ne permet donc pas de conclure, suivant les normes de la preuve civile, à une violation de la *Charte canadienne* ou de la *Charte québécoise*. Par ailleurs, l'état de la preuve ne permet pas non plus de conclure que le programme ÉCR et sa mise en application ne pourront éventuellement porter atteinte aux droits accordés à L et J et à des personnes placées dans la même situation.

**Cases Cited**

By Deschamps J.

**Referred to:** *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641; *Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*,

**Jurisprudence**

Citée par la juge Deschamps

**Arrêts mentionnés :** *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641; *Canadian Civil Liberties Assn. c. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives*

[1990] 1 S.C.R. 425; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710.

By LeBel J.

**Referred to:** *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650.

**Statutes and Regulations Cited**

*Act to amend various legislative provisions of a confessional nature in the education field*, S.Q. 2005, c. 20.
*Act to amend various legislative provisions respecting education as regards confessional matters*, S.Q. 2000, c. 24.
*Act to establish the Department of Education and the Superior Council of Education*, S.Q. 1963-64, c. 15.
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(*a*).
*Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 3.
*Constitution Act, 1867*, s. 93A.
*Constitution Amendment, 1997 (Quebec)*, SI/97-141.
*Décret 511-95 concernant la Commission des États généraux sur l'éducation*, (1995) 127 G.O. II, 1960.
*Education Act*, R.S.Q., c. I-13.3, s. 222.

**Authors Cited**

Grimm, Dieter. "Conflicts Between General Laws and Religious Norms" (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369.
Moon, Richard. "Government Support for Religious Practice", in Richard Moon, ed., *Law and Religious Pluralism in Canada*. Vancouver: UBC Press, 2008, 217.
Ogilvie, M. H. *Religious Institutions and the Law in Canada*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2010.
Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 2e sess., 35e lég., 26 mars 1997, p. 5993-5994.
Quebec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. *Establishment of an ethics and religious culture program: Providing future direction for all Québec youth*. Québec: The Ministère, 2005.

*du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710.

Citée par le juge LeBel

**Arrêts mentionnés :** *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2*a*).
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 3.
*Décret 511-95 concernant la Commission des États généraux sur l'éducation*, (1995) 127 G.O. II, 1960.
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 93A.
*Loi instituant le ministère de l'éducation et le Conseil supérieur de l'éducation*, S.Q. 1963-64, ch. 15.
*Loi modifiant diverses dispositions législatives dans le secteur de l'éducation concernant la confessionnalité*, L.Q. 2000, ch. 24.
*Loi modifiant diverses dispositions législatives de nature confessionnelle dans le domaine de l'éducation*, L.Q. 2005, ch. 20.
*Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., ch. I-13.3, art. 222.
*Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, TR/97-141.

**Doctrine et autres documents cités**

Grimm, Dieter. « Conflicts Between General Laws and Religious Norms » (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369.
Moon, Richard. « Government Support for Religious Practice », in Richard Moon, ed., *Law and Religious Pluralism in Canada*. Vancouver : UBC Press, 2008, 217.
Ogilvie, M. H. *Religious Institutions and the Law in Canada*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2010.
Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 2e sess., 35e lég., 26 mars 1997, p. 5993-5994.
Québec. Commission royale d'enquête sur l'enseignement dans la province de Québec. *Rapport Parent : Rapport de la Commission royale d'enquête sur l'enseignement dans la province de Québec*. Québec : La Commission, 1963.

Quebec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. *Ethics and Religious Culture*. Québec: The Ministère, 2007 (online: http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/1561560 and http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/1561568).

Quebec. Royal Commission of Inquiry on Education in the Province of Quebec. *Parent Report: Report of the Royal Commission of Inquiry on Education in the Province of Québec*. Québec: The Commission, 1963.

Quebec. Task Force on the Place of Religion in Schools in Québec. *Religion in Secular Schools: A New Perspective for Québec* (report). Québec: Ministère de l'Éducation, 1999.

Woehrling, José. "La place de la religion dans les écoles publiques du Québec" (2007), 41 *R.J.T.* 651.

Woehrling, José. "Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec", dans Myriam Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007, 215.

APPEAL from judgments of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Morissette and Giroux JJ.A.), 2010 QCCA 346 (CanLII), SOQUIJ AZ-50610874, [2010] J.Q. nº 1357 (QL), 2010 CarswellQue 1362, 2010 QCCA 348 (CanLII), SOQUIJ AZ-50610876, [2010] J.Q. nº 1355 (QL), and 2010 QCCA 349 (CanLII), SOQUIJ AZ-50610877, [2010] J.Q. nº 1356 (QL), affirming a decision of Dubois J., 2009 QCCS 3875, [2009] R.J.Q. 2398, SOQUIJ AZ-50573325, [2009] J.Q. nº 8619 (QL), 2009 CarswellQue 8647. Appeal dismissed.

*Mark Phillips* and *Guy Pratte*, for the appellants.

*Bernard Jacob*, *René Lapointe* and *Mélanie Charest*, for the respondent Commission scolaire des Chênes.

*Benoît Boucher*, *Amélie Pelletier-Desrosiers* and *Caroline Renaud*, for the respondent the Attorney General of Quebec.

*Robert E. Reynolds* and *Ruth Ross*, for the intervener the Christian Legal Fellowship.

*Jean-Philippe Groleau*, *Guy Du Pont* and *Léon H. Moubayed*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Jean-Pierre Bélisle*, for the intervener Coalition pour la liberté en éducation.

Québec. Groupe de travail sur la place de la religion à l'école. *Laïcité et religions : Perspective nouvelle pour l'école québécoise* (rapport). Québec : Ministère de l'Éducation, 1999.

Québec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. *Éthique et culture religieuse*. Québec : Le Ministère, 2007 (en ligne : http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/1561560 et http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/1561572).

Québec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. *La mise en place d'un programme d'éthique et de culture religieuse : Une orientation d'avenir pour tous les jeunes du Québec*. Québec : Le Ministère, 2005.

Woehrling, José. « La place de la religion dans les écoles publiques du Québec » (2007), 41 *R.J.T.* 651.

Woehrling, José. « Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec », dans Myriam Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007, 215.

POURVOI contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Morissette et Giroux), 2010 QCCA 346 (CanLII), SOQUIJ AZ-50610874, [2010] J.Q. nº 1357 (QL), 2010 CarswellQue 1362, 2010 QCCA 348 (CanLII), SOQUIJ AZ-50610876, [2010] J.Q. nº 1355 (QL), et 2010 QCCA 349 (CanLII), SOQUIJ AZ-50610877, [2010] J.Q. nº 1356 (QL), qui ont confirmé une décision du juge Dubois, 2009 QCCS 3875, [2009] R.J.Q. 2398, SOQUIJ AZ-50573325, [2009] J.Q. nº 8619 (QL), 2009 CarswellQue 8647. Pourvoi rejeté.

*Mark Phillips* et *Guy Pratte*, pour les appelants.

*Bernard Jacob*, *René Lapointe* et *Mélanie Charest*, pour l'intimée la Commission scolaire des Chênes.

*Benoît Boucher*, *Amélie Pelletier-Desrosiers* et *Caroline Renaud*, pour l'intimé le procureur général du Québec.

*Robert E. Reynolds* et *Ruth Ross*, pour l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit.

*Jean-Philippe Groleau*, *Guy Du Pont* et *Léon H. Moubayed*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Jean-Pierre Bélisle*, pour l'intervenante la Coalition pour la liberté en éducation.

*Albertos Polizogopoulos*, *Don Hutchinson* and *Faye Sonier*, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

*Jean-Yves Côté*, for the intervener Regroupement Chrétien pour le droit parental en éducation.

*Iain T. Benson*, for the interveners the Canadian Council of Christian Charities and the Canadian Catholic School Trustees' Association.

Written submissions only by *Alain Guimont*, for the intervener Fédération des commissions scolaires du Québec.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. delivered by

[1] DESCHAMPS J. — The societal changes that Canada has undergone since the middle of the last century have brought with them a new social philosophy that favours the recognition of minority rights. The developments in the area of education that have taken place in Quebec and that are at issue in this appeal must be situated within this larger context. Given the religious diversity of present-day Quebec, the state can no longer promote a vision of society in public schools that is based on historically dominant religions.

[2] The appellants, S.L. and D.J., are parents of school-aged children. They submit that the refusal of the respondent Commission scolaire des Chênes ("school board") to exempt their children from the Ethics and Religious Culture ("ERC") course infringes their freedom of conscience and religion, which is protected by s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "*Canadian Charter*") and s. 3 of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (the "*Quebec Charter*"). Their arguments cannot succeed. Although the sincerity of a person's belief that a religious practice must be observed is relevant to whether the person's right to freedom of religion is at issue, an infringement of this right

*Albertos Polizogopoulos*, *Don Hutchinson* et *Faye Sonier*, pour l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada.

*Jean-Yves Côté*, pour l'intervenant le Regroupement Chrétien pour le droit parental en éducation.

*Iain T. Benson*, pour les intervenants le Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes et l'Association canadienne des commissaires d'écoles catholiques.

Argumentation écrite seulement par *Alain Guimont*, pour l'intervenante la Fédération des commissions scolaires du Québec.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell a été rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Les changements sociaux qu'a connus le Canada depuis le milieu du siècle dernier ont apporté avec eux une nouvelle philosophie sociale qui met de l'avant la reconnaissance des droits des minorités. Les développements survenus dans le domaine de l'éducation au Québec et dont il est question dans le présent pourvoi s'insèrent dans ce contexte plus vaste. Compte tenu de la diversité religieuse du Québec contemporain, l'État ne peut plus offrir dans les écoles publiques une vision sociétale fondée sur les religions historiquement dominantes.

[2] Les appelants, S.L. et D.J., sont parents d'enfants d'âge scolaire. Ils soutiennent que le refus de l'intimée, la Commission scolaire des Chênes (« Commission scolaire »), d'exempter leurs enfants du cours d'éthique et de culture religieuse (« ÉCR ») porte atteinte à leur liberté de conscience et de religion, que protègent l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte canadienne* ») et l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (la « *Charte québécoise* »). Leurs prétentions ne peuvent être retenues. Si la sincérité de la croyance d'une personne en l'obligation de se conformer à une pratique religieuse est pertinente pour établir que son droit à la liberté de religion est en jeu, la preuve de

cannot be established without objective proof of an interference with the observance of that practice. In this case, given the trial judge's findings of fact and the evidence in the record concerning the neutrality of the ERC Program, I conclude that the appellants have failed to prove such an interference. There is therefore no basis for declaring that the school board erred in refusing to exempt the appellants' children from the ERC course. As a result, I would dismiss the appeal with costs.

## I. Facts

[3] On May 12, 2008, the appellants requested that the school board exempt their children from the ERC course, putting forward the existence of serious harm to the children within the meaning of the second paragraph of s. 222 of the *Education Act*, R.S.Q., c. I-13.3.

[4] On May 20, 2008, the director of educational resources for young students denied the exemptions. On May 26, 2008, the appellants requested that the school board's council of commissioners reconsider that decision. On June 25, 2008, after a hearing at which the appellants presented their position, the council of commissioners upheld the director's decision. The appellants contested the decisions of May 20 and June 25 at the Superior Court, arguing that they had been made at the dictate of a third party, the Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport ("Ministère"). They sought both a declaration that the ERC Program infringed their and their children's right to freedom of conscience and religion, and judicial review of the decision of the director and that of the council of commissioners, denying their requests for exemption from the ERC course.

## II. Decisions of the Courts Below

[5] Dubois J. of the Superior Court found that the appellants had not proved that the ERC Program infringed their freedom of conscience and religion (2009 QCCS 3875, [2009] R.J.Q. 2398). He concluded that the objective presentation of various religions to children did not put them [TRANSLATION]

l'atteinte à ce droit requiert, elle, la démonstration de facteurs objectifs entravant le respect de cette pratique. En l'espèce, vu les constatations de fait du juge de première instance et la preuve au dossier concernant la neutralité du programme ÉCR, je conclus que les appelants ont échoué dans cette démonstration. Il n'y a donc pas lieu de déclarer que la Commission scolaire a erré en refusant d'exempter leurs enfants du cours ÉCR. Par conséquent, je rejetterais l'appel avec dépens.

## I. Faits

[3] Le 12 mai 2008, les appelants demandent à la Commission scolaire d'exempter leurs enfants du cours ÉCR. Ils invoquent l'existence d'un préjudice grave pour ceux-ci, au sens du deuxième alinéa de l'art. 222 de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., ch. I-13.3.

[4] Le 20 mai 2008, la directrice du Service des ressources éducatives aux jeunes refuse les exemptions. Le 26 mai 2008, les appelants demandent la révision de cette décision au conseil des commissaires de la Commission scolaire. Le 25 juin 2008, après avoir tenu une audience au cours de laquelle les appelants font valoir leur point de vue, le conseil des commissaires confirme la décision de la directrice. Les appelants contestent alors les décisions du 20 mai et du 25 juin devant la Cour supérieure, alléguant qu'elles ont été prises sous la dictée d'un tiers, le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport (« Ministère »). Ils sollicitent à la fois un jugement déclarant que le programme ÉCR porte atteinte à leur droit à la liberté de conscience et de religion ainsi qu'à celui de leurs enfants, et la révision judiciaire de la décision de la directrice et de celle du conseil des commissaires refusant leurs demandes d'exemption du cours ÉCR.

## II. Décisions des juridictions inférieures

[5] Le juge Dubois de la Cour supérieure estime que les appelants n'ont pas prouvé que le programme ÉCR porte atteinte à leur liberté de conscience et de religion (2009 QCCS 3875, [2009] R.J.Q. 2398). Il conclut que le fait de présenter objectivement diverses religions à l'enfant ne

"in an obligatory and coercive situation" (paras. 64 and 66). He dismissed the motion for a declaratory judgment. Having found that the ERC Program did not infringe the right to freedom of conscience and religion, he held that the school board's decision to deny the exemptions was valid (para. 123). In light of the evidence, he also held that the school board's decision had not been made under the Ministère's influence (para. 119) and consequently dismissed the motion for judicial review.

[6] The appellants appealed as of right to the Court of Appeal from the dismissal of the motion for a declaratory judgment. They also applied for leave to appeal the decision to dismiss the motion for judicial review. The Attorney General of Quebec and the school board each brought a motion to dismiss the appeal as of right. They also contested the application for leave to appeal. For the reasons it gave in *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, the Court of Appeal granted the motions to dismiss, dismissed the appeal as of right, and also dismissed the motion for leave to appeal (2010 QCCA 346 (CanLII); see also 2010 QCCA 348 (CanLII) and 2010 QCCA 349 (CanLII)). It found no error in Dubois J.'s analysis and also concluded that the appeal had become moot, given that the appellants' two children were no longer obligated to take the ERC course.

[7] The parties have not commented on the analytical approach that should be applied in light of the procedural choices made in this case. In this respect, I will merely note that there is nothing to be gained from a multiplicity of proceedings and that the parties' choice of style of cause does not affect the applicable analytical approach (*Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326).

III. Issues

[8] To begin, this Court must decide whether the trial judge erred in holding that the school board's refusal to exempt the appellants' children from the

place pas celui-ci « devant une situation obligatoire et coercitive » (par. 64 et 66). Il rejette la requête en jugement déclaratoire. Vu sa conclusion suivant laquelle le programme ÉCR ne porte pas atteinte à la liberté de conscience et de religion, le juge Dubois considère que la décision de la Commission scolaire refusant les exemptions est bien fondée (par. 123). Par ailleurs, à la lumière de la preuve, il juge que les décideurs de la Commission scolaire n'ont pas subi d'influence particulière du Ministère (par. 119). Par conséquent, il rejette également la demande de révision judiciaire.

[6] Le rejet de la requête en jugement déclaratoire fait l'objet d'un appel de plein droit devant la Cour d'appel. Les appelants demandent également à celle-ci la permission d'appeler du jugement refusant la requête en révision judiciaire. Le procureur général du Québec et la Commission scolaire présentent chacun une requête demandant le rejet de l'appel de plein droit. Ils contestent aussi la demande de permission d'appel. Pour les motifs qu'elle énonce dans *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, la Cour d'appel accueille les requêtes en rejet d'appel, rejette l'appel de plein droit et rejette également la requête pour permission d'appel (2010 QCCA 346 (CanLII); voir aussi 2010 QCCA 348 (CanLII) et 2010 QCCA 349 (CanLII)). Elle ne voit aucune erreur dans l'analyse du juge Dubois et, au surplus, conclut que l'appel est devenu théorique, étant donné que les deux enfants des appelants ne sont plus assujettis à l'obligation de suivre le cours ÉCR.

[7] Les parties n'ont pas formulé d'observations au sujet de la grille d'analyse qui s'applique compte tenu des choix procéduraux faits en l'espèce. Sur ce point, je me contenterai de signaler qu'il est peu utile de multiplier les procédures et que la façon dont les parties intitulent leurs procédures ne change pas la grille d'analyse applicable (*Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326).

III. Questions en litige

[8] En premier lieu, notre Cour doit décider si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que le refus de la Commission scolaire

ERC course did not infringe the appellants' freedom of conscience and religion. This issue turns on whether the trial judge erred in finding that the appellants had not proven that the ERC Program itself infringed their freedom of religion.

[9] Then, the Court must decide whether the trial judge erred in holding that the school board's decision had not been made at the dictate of a third party and whether the Court of Appeal erred in law in holding that the appeal had become moot.

IV. Background

[10] The place of religion in civil society has been a source of public debate since the dawn of civilization. The gradual separation of church and state in Canada has been part of a broad movement to secularize public institutions in the Western World (M. H. Ogilvie, *Religious Institutions and the Law in Canada* (3rd ed. 2010), at pp. 26 and 30; see also *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650, at paras. 67-68, *per* LeBel J.). Religious neutrality is now seen by many Western states as a legitimate means of creating a free space in which citizens of various beliefs can exercise their individual rights (see J. Woehrling, "La place de la religion dans les écoles publiques du Québec" (2007), 41 *R.J.T.* 651; D. Grimm, "Conflicts Between General Laws and Religious Norms" (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369).

[11] The religious portrait of our society is a key factor in the adoption of a policy of neutrality, not only in Quebec but also elsewhere in Canada. As a result of globalization of trade and increased individual mobility, the diversity of religious beliefs in Canada has increased sharply over the past decades. The 2001 Census of Canada listed approximately 95 religious groups that were large enough to be considered separate religious institutions for the purposes of statistical records. Furthermore,

d'exempter les enfants des appelants du cours ÉCR ne portait pas atteinte à la liberté de conscience et de religion des appelants. Cette question exige de se demander si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la preuve n'avait pas été faite que le programme ÉCR lui-même portait atteinte à la liberté de religion des appelants.

[9] En second lieu, notre Cour est appelée à décider si le juge de première instance a eu tort de conclure que la décision de la Commission scolaire n'avait pas été prise sous la dictée d'un tiers et si la Cour d'appel a commis une erreur de droit en jugeant que l'appel était devenu théorique.

IV. Contexte

[10] La place de la religion dans la vie civile est source de débats publics depuis les débuts des civilisations. La dissolution progressive des liens entre l'Église et l'État au Canada s'inscrit dans un large mouvement de laïcisation des institutions publiques dans les pays occidentaux (M. H. Ogilvie, *Religious Institutions and the Law in Canada* (3e éd. 2010), p. 26 et 30; voir également *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650, par. 67-68, le juge LeBel). En effet, la neutralité religieuse est maintenant perçue par de nombreux États occidentaux comme une façon légitime d'aménager un espace de liberté dans lequel les citoyens de diverses croyances peuvent exercer leurs droits individuels (voir J. Woehrling, « La place de la religion dans les écoles publiques du Québec » (2007), 41 *R.J.T.* 651; D. Grimm, « Conflicts Between General Laws and Religious Norms » (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369).

[11] Le portrait de la situation religieuse dans notre société est un facteur incontournable dans l'adoption d'une politique de neutralité, et ce, non seulement au Québec, mais aussi ailleurs au Canada. En raison du phénomène de la mondialisation des échanges et de l'accroissement de la mobilité individuelle, la diversité des croyances religieuses a considérablement augmenté au Canada au cours des dernières décennies. En effet, le Recensement du Canada de 2001 faisait état

more than 23 percent of Canadians declared that they were members of non-Christian religions or reported no religious identity at all (Ogilvie, at pp. 55-56).

[12] The creation of the Ministère in 1964 meant that the Quebec government took charge of public education, an area which had been dominated by religious communities up to that time. On February 5, 1964, following the *Parent Report* (1963), which had recommended an increase in public investment in education, the Legislative Assembly passed the *Act to establish the Department of Education and the Superior Council of Education*, S.Q. 1963-64, c. 15. During the first 30 years of the new department's existence, the denominational school system remained in place. On April 12, 1995, the Quebec government created the Commission for the Estates General on Education (Order in Council 511-95, (1995) 127 G.O. II, 1960). The Commission's members recommended a far-reaching review of education programs. In 1997, the addition of s. 93A to the *Constitution Act, 1867* made possible the abolishment of denominational school boards in Quebec and the reorganization of Quebec's school boards on the basis of language (*Constitution Amendment, 1997 (Quebec)*, SI/97-141).

[13] In a statement dated March 26, 1997, the Minister of Education explained the approach the Quebec government proposed to adopt to enable public schools to meet the expectations of Quebeckers:

[TRANSLATION] First, it is expedient to manage these expectations from the point of view of an open, pluralistic society. The social and religious landscape is shifting in all regions of Quebec. Public schools must respect the free choice or the free refusal of religion. This is a democratic freedom. In other words, all schools must respect each student's freedom of conscience, even if the student stands alone with respect to the majority. All schools must teach students to respect different allegiances. However, our schools must not altogether dismiss religious education. They must

d'environ 95 groupes religieux suffisamment importants pour être considérés comme des institutions religieuses distinctes aux fins de consignation des données. En outre, plus de 23 p. 100 des Canadiens se déclaraient de foi non chrétienne ou ne déclaraient aucune identité religieuse (Ogilvie, p. 55-56).

[12] La création du Ministère en 1964 a marqué la prise en charge par l'État québécois de l'instruction publique, domaine qui était jusque-là dominé par les communautés religieuses. Le 5 février 1964, dans la foulée du *Rapport Parent* (1963) qui recommandait d'augmenter les investissements publics en éducation, l'Assemblée législative adopte la *Loi instituant le ministère de l'éducation et le Conseil supérieur de l'éducation*, S.Q. 1963-64, ch. 15. Pendant les 30 premières années d'existence de ce ministère, le régime des écoles confessionnelles continue de prévaloir. Le 12 avril 1995, le gouvernement du Québec crée la Commission des États généraux sur l'éducation (Décret 511-95, (1995) 127 G.O. II, 1960). Les membres de cette commission recommandent une vaste révision des programmes d'enseignement. En 1997, l'ajout de l'art. 93A à la *Loi constitutionnelle de 1867* rend possible l'abolition au Québec des commissions scolaires confessionnelles et la réorganisation, sur une base linguistique, du réseau québécois des commissions scolaires (*Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, TR/97-141).

[13] Dans une déclaration ministérielle datée du 26 mars 1997, la ministre de l'Éducation explique l'approche que le gouvernement du Québec propose d'adopter pour permettre à l'école publique de répondre aux attentes des Québécois :

Il convient, premièrement, de gérer ces demandes dans la perspective d'une société pluraliste ouverte. La diversité du paysage socioreligieux éclate partout au Québec. L'école publique se doit donc de respecter le libre choix ou le libre refus de la religion, cela fait partie des libertés démocratiques. C'est dire que toute école doit assurer la liberté de conscience de chaque individu, fût-il seul devant la majorité, et apprendre aux jeunes à vivre dans le respect des allégeances diverses. Pour autant, l'école n'a pas à devenir réfractaire à tout propos sur la religion. Elle doit se montrer ouverte, capable

show that they are open and able to recognize, regardless of specific convictions and from a critical point of view, the contribution made by the different religions in terms of culture, values and humanism.

(National Assembly, *Journal des débats*, 2nd Sess., 35th Leg., March 26, 1997, at p. 5993)

[14] The Minister spoke of the need to consider more fully the adjustments necessary to ensure that religious diversity was taken into account in courses taught in schools:

[TRANSLATION] Finally, in the context of a pluralistic society, is it not desirable that all students receive some instruction concerning the phenomenon of religion, courses on religious culture which cover the various great traditions, and courses on the history of religion? I intend to submit this question to a Task Force whose conclusions will be referred to the National Assembly's Standing Committee on Education, which may then hear any groups interested in this issue.

(*Ibid.*, at p. 5994)

[15] In 1999, the Task Force on the Place of Religion in Schools in Quebec submitted its report (*Religion in Secular Schools: A New Perspective for Québec*). In addition to moral education, the Task Force recommended, *inter alia*, that religions be studied in schools from a cultural perspective. In 2000, the Minister of Education announced that adjustment would be made to respond to the diversity of the moral and religious expectations of the population. That same year, a first legislative amendment was passed, marking the start of the secularization process (*An Act to amend various legislative provisions respecting education as regards confessional matters*, S.Q. 2000, c. 24).

[16] In 2005, the Minister of Education published a policy paper setting out the principles on which the proposed ERC Program was to be based (*Establishment of an ethics and religious culture program: Providing future direction for all Québec youth*). On June 15, 2005, the *Act to amend various legislative provisions of a confessional nature in the education field*, S.Q. 2005, c. 20, was passed. Among other things, the Act authorized schools to

d'accueillir, par delà les convictions particulières et dans un esprit critique, ce que les religions peuvent apporter en fait de culture, de morale et d'humanisme.

(Assemblée nationale, *Journal des débats*, 2e sess., 35e lég., 26 mars 1997, p. 5993)

[14] La ministre fait état du besoin de mener une réflexion plus poussée sur les aménagements nécessaires pour que les cours offerts aux élèves tiennent compte de la diversité religieuse :

Enfin, dans le contexte d'une société pluraliste, serait-il souhaitable que tous les élèves reçoivent une certaine formation au sujet du phénomène religieux, des cours de culture religieuse intégrant les diverses grandes traditions, des cours d'histoire des religions? J'entends soumettre ces questions à un groupe de travail dont l'avis serait référé à la commission de l'éducation de l'Assemblée nationale, qui pourrait alors entendre l'ensemble des groupes qu'intéresse cette question.

(*Ibid.*, p. 5994)

[15] En 1999, le Groupe de travail sur la place de la religion à l'école dépose son rapport (*Laïcité et religions : Perspective nouvelle pour l'école québécoise*). Le groupe recommande notamment que soient donnés, dans les écoles, un enseignement culturel des religions en sus d'un enseignement moral. En 2000, le ministre de l'Éducation annonce la mise en place des aménagements requis pour répondre à la diversité des attentes morales et religieuses de la population. La même année, une première modification législative marquant le début du processus de déconfessionnalisation est adoptée (*Loi modifiant diverses dispositions législatives dans le secteur de l'éducation concernant la confessionnalité*, L.Q. 2000, ch. 24).

[16] En 2005, le ministre de l'Éducation publie un document d'orientation qui précise les principes sur lesquels devra être établi le programme ÉCR (*La mise en place d'un programme d'éthique et de culture religieuse : Une orientation d'avenir pour tous les jeunes du Québec*). Le 15 juin 2005, la *Loi modifiant diverses dispositions législatives de nature confessionnelle dans le domaine de l'éducation*, L.Q. 2005, ch. 20, est adoptée. Cette

replace Catholic and Protestant programs of religious and moral instruction subject to certain conditions. Thus, the ERC Program was implemented gradually before becoming mandatory at the start of the 2008-9 school year. In May 2008, the appellants made their requests for exemption.

V. Applicable Principles

[17] The historical, political and social context of the late 20th century, the enactment of the *Quebec* and *Canadian Charters*, and the interpretation of freedom of religion by Canadian courts have played an important role in the Quebec government's decision to remain neutral in religious matters. While it is true that the *Canadian Charter*, unlike the U.S. Constitution, does not explicitly limit the support the state can give to a religion, Canadian courts have held that state sponsorship of one religious tradition amounts to discrimination against others.

[18] In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, this Court held that the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, whose acknowledged purpose was the compulsion of religious observance on Sunday, infringed the freedom of religion of non-Christians. Dickson J. (as he then was) concluded that "[t]he protection of one religion and the concomitant non-protection of others imports disparate impact destructive of the religious freedom of the collectivity" (p. 337). The issue of state neutrality came before the Court again a short time later in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. The majority held that, although the selection of Sunday as a pause day significantly infringed on the freedom of religion of those who observed a day of rest on Saturday for religious reasons, the legislation was justifiable as a reasonable limit under s. 1 of the *Canadian Charter*. A majority of the Court's judges found that the purpose of the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, was valid because of its secular aspect: "The title and text of the Act, the legislative debates and the Ontario Law Reform Commission's *Report on*

loi permettait notamment aux écoles de remplacer, à certaines conditions, les programmes d'enseignement moral et religieux catholique et protestant. Ainsi, le programme ÉCR a été mis en place de façon graduelle pour devenir obligatoire à compter de la rentrée scolaire 2008. En mai 2008, les appelants ont déposé leurs demandes d'exemption.

V. Principes applicables

[17] Le contexte historique, politique et social de la fin du XX$^{e}$ siècle, l'adoption des *Chartes québécoise* et *canadienne* et l'interprétation de la liberté de religion par les tribunaux canadiens ont joué un rôle important dans la décision de l'État québécois de demeurer neutre en matière religieuse. S'il est vrai que, à la différence de la Constitution américaine, la *Charte canadienne* ne limite pas explicitement l'appui que l'État peut apporter à une religion, les cours canadiennes ont néanmoins jugé que le parrainage par l'État d'une tradition religieuse est discriminatoire à l'égard des autres.

[18] Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, notre Cour a déclaré que la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, ch. L-13, qui avait pour objet reconnu de rendre obligatoire l'observance religieuse le dimanche, portait atteinte à la liberté de religion des non-chrétiens. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu que « protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société » (p. 337). Peu après, la Cour a de nouveau été saisie de la question de la neutralité de l'État dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Si, de l'avis de la majorité, le choix du dimanche comme jour de repos empiétait sensiblement sur la liberté de religion de ceux qui observent un jour de repos le samedi pour des motifs religieux, la loi était cependant justifiable en ce qu'elle constituait une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*. Une majorité des juges de la Cour estimait que l'objet de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, ch. 453, était valide en raison

*Sunday Observance Legislation* (1970), all point to the secular purposes underlying the Act" (p. 744).

[19] In two important decisions in the years that followed, the Ontario Court of Appeal also stressed how important it was for the state to remain neutral in matters of religion. In *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641, a majority of the court struck down a regulation under the *Education Act*, R.S.O. 1980, c. 129, which made the recitation of Christian prayers compulsory in public schools unless an exemption was granted (p. 654):

> On its face, [the regulation] infringes the freedom of conscience and religion guaranteed by s. 2(*a*) of the Charter. . . . The recitation of the Lord's Prayer, which is a Christian prayer, and the reading of Scriptures from the Christian Bible impose Christian observances upon non-Christian pupils and religious observances on non-believers.

[20] In *Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341, the Ontario Court of Appeal considered a regulation that made periods of religious education a compulsory part of the public school curriculum. The court held unanimously that the purpose and effect of the regulation were to provide for religious indoctrination, which the *Canadian Charter* does not authorize. Such indoctrination was not rationally connected to the educational objective of inculcating proper moral standards in elementary school students. The Court of Appeal noted that a program that taught about religion and moral values without indoctrination in a particular faith would not breach the *Canadian Charter* (p. 344).

[21] The concept of state religious neutrality in Canadian case law has developed alongside a growing sensitivity to the multicultural makeup of Canada and the protection of minorities. Already

de sa dimension laïque : « Le titre et le texte de la Loi, les débats de l'Assemblée législative et le *Report on Sunday Observance Legislation* (1970), de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, font tous ressortir les objets d'ordre laïque qui sous-tendent la Loi » (p. 744).

[19] Dans deux arrêts importants rendus dans les années qui ont suivi, la Cour d'appel de l'Ontario insiste également sur l'importance pour l'État de demeurer neutre en matière religieuse. Dans *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641, elle a annulé à la majorité un règlement pris en vertu de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1980, ch. 129, qui rendait obligatoire, sous réserve d'exemptions, la récitation de prières chrétiennes dans les écoles publiques (p. 654) :

> [TRADUCTION] À première vue, [le règlement] contrevient à la liberté de conscience et de religion garantie par l'al. 2*a*) de la Charte. [. . .] La récitation du Notre Père, prière chrétienne, et la lecture des Saintes Écritures dans la bible chrétienne imposent des pratiques chrétiennes aux élèves non chrétiens ainsi que des rites religieux à des non-croyants.

[20] Dans *Canadian Civil Liberties Assn. c. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341, un règlement prescrivant l'inclusion de périodes d'enseignement religieux dans le programme d'études des écoles publiques a été examiné par la Cour d'appel de l'Ontario. À l'unanimité, celle-ci a jugé que ce règlement avait pour objet et pour effet de permettre l'endoctrinement religieux, ce que la *Charte canadienne* n'autorise pas. Un tel endoctrinement n'a pas de lien rationnel avec l'objectif éducatif consistant à inculquer des normes morales appropriées aux élèves d'une école primaire. La Cour d'appel a fait remarquer qu'un programme qui prodiguerait un enseignement religieux et moral sans toutefois tendre à endoctriner dans une foi particulière n'enfreindrait pas la *Charte canadienne* (p. 344).

[21] Le développement du concept de neutralité religieuse de l'État dans la jurisprudence canadienne va de pair avec une sensibilité croissante à la composition multiculturelle du Canada et avec la

in *Big M Drug Mart*, Dickson J. had stated that "the diversity of belief and non-belief, the diverse socio-cultural backgrounds of Canadians make it constitutionally incompetent for the federal Parliament to provide legislative preference for any one religion at the expense of those of another religious persuasion" (p. 351). In the same way, the Ontario Court of Appeal held in *Canadian Civil Liberties Assn.* that imposing a religious practice of the majority had the effect of infringing the freedom of religion of the minority and was incompatible with the multicultural reality of Canadian society (p. 363).

[22] That being said, it was in *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, that the elements of a definition of freedom of religion were outlined. In that case, Iacobucci J. explained that a person does not have to show that the practice the person sincerely believes he or she must observe or the belief the person endorses corresponds to a religious precept recognized by other followers. If the person believes that he or she has an obligation to act in accordance with a practice or endorses a belief "having a nexus with religion", the court is limited to assessing the sincerity of the person's belief (paras. 39, 43, 46 and 54).

[23] At the stage of establishing an infringement, however, it is not enough for a person to say that his or her rights have been infringed. The person must prove the infringement on a balance of probabilities. This may of course involve any legal form of proof, but it must nonetheless be based on facts that can be established objectively. For example, in *Edwards Books*, the legislation required retailers who were Saturday observers to close a day more than Sunday observers. In *Amselem*, the infringement resulted from a prohibition against erecting any structure on the balconies of a building held in co-ownership, while the appellants believed that their religion required them to dwell in their own succahs.

[24] It follows that when considering an infringement of freedom of religion, the question is not whether the person sincerely believes that a

protection des minorités. Déjà, dans *Big M Drug Mart*, le juge Dickson avait déclaré ceci : « ... étant donné la diversité des formes que prennent la croyance et l'incroyance ainsi que les différences socio-culturelles des Canadiens, le Parlement fédéral n'a pas compétence en vertu de la Constitution pour adopter une loi privilégiant une religion au détriment d'une autre » (p. 351). De même, dans *Canadian Civil Liberties Assn.*, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le fait d'imposer une pratique religieuse de la majorité avait pour effet d'enfreindre la liberté de religion de la minorité et était incompatible avec la réalité multiculturelle de la société canadienne (p. 363).

[22] Cela dit, c'est dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, qu'ont été posés les jalons de la définition de la liberté de religion. Le juge Iacobucci y explique qu'une personne n'a pas à démontrer que la pratique qu'elle se croit sincèrement obligée de suivre ou la croyance qu'elle fait valoir correspond à un précepte religieux reconnu par les autres adeptes. Si cette personne croit être tenue de se conformer à une pratique ou si elle fait valoir une croyance « ayant un lien avec une religion », le tribunal doit se limiter à évaluer la sincérité de cette croyance (par. 39, 43, 46 et 54).

[23] À l'étape de la preuve de l'atteinte, cependant, il ne suffit pas que la personne déclare que ses droits sont enfreints. Il lui incombe de prouver l'atteinte suivant la prépondérance des probabilités. Cette preuve peut certes prendre toutes les formes reconnues par la loi, mais elle doit néanmoins reposer sur des faits objectivement démontrables. Par exemple, dans *Edwards Books*, la loi obligeait les détaillants qui observaient le samedi à fermer un jour de plus que ceux qui observaient le dimanche. Dans *Amselem*, l'atteinte résultait d'une interdiction d'ériger toute construction sur les balcons d'un immeuble détenu en copropriété alors que les appelants croyaient que leur religion les obligeait à habiter leur propre souccah.

[24] Il s'ensuit que, dans l'examen d'une atteinte à la liberté de religion, la question n'est pas de savoir si la personne croit sincèrement qu'il y a une

religious practice or belief has been infringed, but whether a religious practice or belief exists that has been infringed. The subjective part of the analysis is limited to establishing that there is a sincere belief that has a nexus with religion, including the belief in an obligation to conform to a religious practice. As with any other right or freedom protected by the *Canadian Charter* and the *Quebec Charter*, proving the infringement requires an objective analysis of the rules, events or acts that interfere with the exercise of the freedom. To decide otherwise would allow persons to conclude themselves that their rights had been infringed and thus to supplant the courts in this role.

[25] Furthermore, the following comment of Wilson J. in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at pp. 313-14, which Iacobucci J. quoted in *Amselem*, para. 58, bears repeating: s. 2(*a*) of the *Canadian Charter* "does not require the legislature to refrain from imposing any burdens on the practice of religion" (emphasis omitted; see also *Edwards Books*). "The ultimate protection of any particular *Charter* right must be measured in relation to other rights and with a view to the underlying context in which the apparent conflict arises" (*Amselem*, at para. 62). No right is absolute.

VI. Application

[26] The appellants sincerely believe that they have an obligation to pass on the precepts of the Catholic religion to their children (A.F., at para. 66). The sincerity of their belief in this practice is not challenged by the respondents in this case. The only question at issue is whether the appellants' ability to observe the practice has been interfered with.

[27] To discharge their burden at the stage of proving an infringement, the appellants had to show that, from an objective standpoint, the ERC Program interfered with their ability to pass their faith on to their children. This is not the approach they took. Instead, they argued that it was enough for them to say that the program infringed their right (A.F., at para. 126). As I have already

atteinte à sa pratique ou croyance religieuse, mais celle de savoir s'il existe une pratique ou croyance religieuse à laquelle il est porté atteinte. La partie subjective de l'analyse concerne uniquement l'établissement d'une croyance sincère ayant un lien avec la religion, incluant la croyance en une obligation de se conformer à une pratique religieuse. Comme pour tous les autres droits et libertés protégés par la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise*, la preuve de l'atteinte requiert une analyse objective des règles, faits ou actes qui en entravent l'exercice. Décider autrement aurait pour effet de permettre à la personne de conclure elle-même à l'existence d'une atteinte à ses droits et de se substituer ainsi au tribunal dans ce rôle.

[25] Il convient de rappeler de plus les propos de la juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, p. 314, repris par le juge Iacobucci dans *Amselem*, par. 58 : l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne* « n'oblige pas le législateur à n'entraver d'aucune manière la pratique religieuse » (soulignement omis; voir aussi *Edwards Books*). « La protection ultime accordée par un droit garanti par la *Charte* doit être mesurée par rapport aux autres droits et au regard du contexte sous-jacent dans lequel s'inscrit le conflit apparent » (*Amselem*, par. 62). Aucun droit n'est absolu.

VI. Application

[26] Les appelants croient sincèrement avoir l'obligation de transmettre à leurs enfants les préceptes de la religion catholique (m.a., par. 66). La sincérité de la croyance des appelants en cette pratique n'est, en l'espèce, pas contestée par les intimés. La seule question en litige consiste donc à se demander s'il y a eu ou non atteinte à la capacité des appelants de se conformer à cette pratique.

[27] Pour s'acquitter de leur fardeau à l'étape de la preuve de l'atteinte, les appelants devaient démontrer que le programme ÉCR constituait, objectivement, une entrave à leur capacité de transmettre leur foi à leurs enfants. Ce n'est pas l'approche qu'ils ont adoptée. Ils ont plutôt prétendu qu'il leur suffisait d'affirmer que le programme portait atteinte à leur droit (m.a., par. 126). Comme je l'ai

explained, it is not enough for the appellants to say that they had religious reasons for objecting to their children's participation in the ERC course. Dubois J. of the Superior Court was therefore correct in rejecting that interpretation. He stated the following: [TRANSLATION] "To claim that the general presentation of various religions may have an adverse effect on the religion one practises, it is not enough to state with sincerity that one is a practising Catholic" (para. 51).

[28] In their requests for exemption made to the school board on May 12, 2008, the appellants had alleged that the ERC course was liable to cause the following harm:

[TRANSLATION]

1. Losing the right to choose an education consistent with one's own moral and religious principles; interfering with the fundamental freedom of religion, conscience, opinion and expression of children and their parents by forcing children to take a course that does not reflect the religious and philosophical beliefs with which their parents have the right and duty to bring them up.
2. Being put in the situation of learning from a teacher who is not adequately trained in the subject matter and who has been deprived of freedom of conscience by being forced to perform this task.
3. Upsetting children by exposing them at too young an age to convictions and beliefs that differ from the ones favoured by their parents.
4. Dealing with the phenomenon of religion in a course that claims to be "neutral".
5. Being exposed, through this mandatory course, to the philosophical trend advocated by the state, namely relativism.
6. Interfering with children's faith. [A.R., vol. III, at pp. 499-500]

[29] The principal argument that emerges from the reasons given by the appellants in their requests for an exemption is that the obligation they believe they have, namely to pass on their faith to their children, has been interfered with. In this regard, the freedom of religion asserted by the appellants is their own freedom, not that of the children. The common theme that runs through the

expliqué ci-dessus, l'affirmation des appelants que des motifs religieux sont à l'origine de leur objection à la participation de leurs enfants au cours ÉCR ne suffit pas. C'est donc à bon droit que le juge Dubois de la Cour supérieure a rejeté cette interprétation. Il s'est exprimé ainsi : « Il n'est pas tout de dire avec sincérité qu'on est catholique pratiquant pour prétendre qu'une présentation globale de différentes religions puisse nuire à celle que l'on pratique » (par. 51).

[28] Dans leurs demandes d'exemption soumises le 12 mai 2008 à la Commission scolaire, les appelants avaient allégué que les préjudices suivants étaient susceptibles d'être causés par le cours ÉCR :

1. Perte du droit de choisir une éducation conforme à ses propres principes moraux et religieux; brimer les libertés fondamentales de religion, de conscience, d'opinion et d'expression de l'enfant et de ses parents en forçant l'enfant à suivre un cours qui ne correspond pas aux convictions religieuses et philosophiques dans lesquelles ses parents ont le droit et le devoir de l'éduquer.
2. Être mis en situation d'apprentissage par un enseignant non adéquatement formé en cette matière et qui a été dépouillé de sa liberté de conscience, parce qu'on l'oblige à effectuer cette tâche.
3. Perturber l'enfant en l'exposant trop jeune à des convictions et croyances différentes de celles privilégiées par ses parents.
4. Aborder le phénomène religieux dans le cadre d'un cours qui prétend à la « neutralité ».
5. Être exposé, dans le cadre de ce cours obligatoire, au courant philosophique mis de l'avant par l'État : le relativisme.
6. Porter atteinte à la foi de l'enfant. [d.a., vol. III, p. 499-500]

[29] L'argument principal qui ressort des motifs invoqués par les appelants dans leurs demandes d'exemption est l'existence d'une entrave au respect de l'obligation qu'ils estiment avoir, soit celle de transmettre leur foi à leurs enfants. À cet égard, la liberté de religion que les appelants font valoir est la leur, non celle des enfants. Les objections des appelants reposent sur un thème commun, à savoir

appellants' objections is that the ERC Program is not in fact neutral. According to the appellants, students following the ERC course would be exposed to a form of relativism, which would interfere with the appellants' ability to pass their faith on to their children. Insofar as certain of the appellants' complaints focus on the children's freedom of religion by referring to the "disruption" that would result from exposing them to different religious facts, I will discuss this in my analysis of the alleged infringement of the appellants' freedom of religion.

[30] We must recognize that trying to achieve religious neutrality in the public sphere is a major challenge for the state. The author R. Moon has clearly described the difficulty of implementing a legislative policy that will be seen by everyone as neutral and respectful of their freedom of religion:

> If secularism or agnosticism constitutes a position, worldview, or cultural identity equivalent to religious adherence, then its proponents may feel excluded or marginalized when the state supports even the most ecumenical religious practices. But by the same token, the complete removal of religion from the public sphere may be experienced by religious adherents as the exclusion of their worldview and the affirmation of a non-religious or secular perspective . . . .
>
> . . . Ironically, then, as the exclusion of religion from public life, in the name of religious freedom and equality, has become more complete, the secular has begun to appear less neutral and more partisan. With the growth of agnosticism and atheism, religious neutrality in the public sphere may have become impossible. What for some is the neutral ground on which freedom of religion and conscience depends is for others a partisan anti-spiritual perspective.

("Government Support for Religious Practice", in *Law and Religious Pluralism in Canada* (2008), 217, at p. 231)

[31] We must also accept that, from a philosophical standpoint, absolute neutrality does not exist. Be that as it may, absolutes hardly have any place in the law. In administrative law, for example, the concept of impartiality calls for an assessment

que la neutralité du programme ÉCR ne serait pas réelle. Selon les appelants, le relativisme auquel seraient exposés les élèves qui suivent le cours ÉCR entraverait leur capacité de transmettre leur foi à leurs enfants. Dans la mesure où certains des griefs des appelants mettent de l'avant la liberté de religion des enfants, en évoquant la « perturbation » résultant de l'exposition à différents faits religieux, j'en traiterai au sein de mon analyse de l'atteinte alléguée à la liberté de religion des appelants.

[30] Il faut reconnaître que la recherche de la neutralité religieuse dans la sphère publique constitue un défi important pour l'État. L'auteur R. Moon a bien exprimé la difficulté que pose la mise en œuvre d'une politique législative qui serait considérée par tous comme étant neutre et respectueuse de leur liberté de religion :

> [TRADUCTION] Si la laïcisation ou l'agnosticisme constitue une position, une vision du monde ou une identité culturelle équivalente à une appartenance religieuse, ses adeptes pourraient se sentir exclus ou marginalisés au sein d'un État qui appuie les pratiques religieuses, même les moins confessionnelles. Par ailleurs, il est possible que les croyants interprètent le retrait intégral de toute religion de la sphère publique comme le rejet de leur vision du monde et l'affirmation d'une perspective laïque . . .
>
> . . . Ainsi, de manière ironique, alors que la religion se retire de plus en plus de la place publique au nom de la liberté et de l'égalité religieuses, la laïcité paraît moins neutre et plus partisane. Compte tenu de la croissance de l'agnosticisme et de l'athéisme, la neutralité religieuse dans la sphère publique est peut-être devenue impossible. Ce que certains considèrent comme le terrain neutre essentiel à la liberté de religion et de conscience constitue pour d'autres une perspective antispiritualiste partisane.

(« Government Support for Religious Practice », dans *Law and Religious Pluralism in Canada* (2008), 217, p. 231)

[31] Il faut aussi accepter que, d'un point de vue philosophique, la neutralité absolue n'existe pas. Quoi qu'il en soit, l'absolu est une notion dont s'accommode difficilement le droit. En droit administratif, par exemple, la notion d'impartialité fait

that takes account of the context and the intervention of human actors (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 47). Moreover, in analysing infringements of rights protected by the Charters, this Court has often repeated that no right is absolute (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 596). "This is so because we live in a society of individuals in which we must always take the rights of others into account" (*Amselem*, at para. 61).

[32] Therefore, following a realistic and non-absolutist approach, state neutrality is assured when the state neither favours nor hinders any particular religious belief, that is, when it shows respect for all postures towards religion, including that of having no religious beliefs whatsoever, while taking into account the competing constitutional rights of the individuals affected.

[33] It should be noted that the appellants' criticisms cannot address the way the course was taught to their children, since their children have never followed the course. The trial judge only examined the program.

[34] The ERC Program has two components: instruction in ethics and instruction in religious culture. Its purpose is set out in the preamble found in each of the documents entitled "Ethics and Religious Culture" prepared by the Ministère (online), one for the elementary level and the other for the secondary level:

For the purposes of this program, instruction in ethics is aimed at developing an understanding of ethical questions that allows students to make judicious choices based on knowledge of the values and references present in society. The objective is not to propose or impose moral rules, nor to study philosophical doctrines and systems in an exhaustive manner.

Instruction in religious culture, for its part, is aimed at fostering an understanding of several religious traditions whose influence has been felt and is still felt in our society today. In this regard, emphasis will be placed on

appel à une évaluation qui tient compte du contexte et de l'intervention d'acteurs humains (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 47). Par ailleurs, dans l'analyse des atteintes aux droits protégés par les chartes, notre Cour a maintes fois répété qu'aucun droit n'est absolu (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 596). « Il en est ainsi parce que nous vivons dans une société où chacun doit toujours tenir compte des droits d'autrui » (*Amselem*, par. 61).

[32] Par conséquent, suivant une approche réaliste et non absolutiste, la neutralité de l'État est assurée lorsque celui-ci ne favorise ni ne défavorise aucune conviction religieuse; en d'autres termes, lorsqu'il respecte toutes les positions à l'égard de la religion, y compris celle de n'en avoir aucune, tout en prenant en considération les droits constitutionnels concurrents des personnes affectées.

[33] Il convient de rappeler que les critiques formulées par les appelants ne peuvent concerner la façon dont le cours a été donné à leurs enfants, puisque ces derniers ne l'ont jamais suivi. Le juge de première instance s'est limité à l'examen du programme.

[34] Le programme ÉCR comprend deux volets : une formation sur l'éthique et une formation sur la culture religieuse. Le but du programme est présenté dans le préambule commun des documents intitulés « Éthique et culture religieuse », préparés par le Ministère pour le primaire et le secondaire (en ligne) :

Dans ce programme, la formation en éthique vise l'approfondissement de questions éthiques permettant à l'élève de faire des choix judicieux basés sur la connaissance des valeurs et des repères présents dans la société. Elle n'a pas pour objectif de proposer ou d'imposer des règles morales, ni d'étudier de manière encyclopédique des doctrines et des systèmes philosophiques.

Pour ce qui est de la formation en culture religieuse, elle vise la compréhension de plusieurs traditions religieuses dont l'influence s'est exercée et s'exerce toujours dans notre société. Sur ce chapitre, un regard

Québec's religious heritage. The historical and cultural importance of Catholicism and Protestantism will be given particular prominence. The goal is neither to accompany students in a spiritual quest, nor to present the history of doctrines and religions, nor to promote some new common religious doctrine aimed at replacing specific beliefs.

[35] The Ministère's formal purpose thus does not appear to have been to transmit a philosophy based on relativism or to influence young people's specific beliefs.

[36] Regarding the program itself, Dubois J. reviewed the documentary evidence, heard the witnesses and drew the following conclusions (paras. 68-69):

[TRANSLATION] Under the new program, the school will present the range of different religions and get children to talk about self-recognition and the common good. Subsequently, therefore, the additional work that must be done for religious practice is up to the parents and the pastors of the Church to which the parents and children belong.

In light of all the evidence adduced, the Court does not see how the ERC course interferes with the applicants' freedom of conscience and religion for their children when what is done is to make a comprehensive presentation of various religions without forcing the children to join them.

[37] After reviewing the record, I see no error in the trial judge's assessment. Having adopted a policy of neutrality, the Quebec government cannot set up an education system that favours or hinders any one religion or a particular vision of religion. Nevertheless, it is up to the government to choose educational programs within its constitutional framework. In light of this context, I cannot conclude that exposing children to "a comprehensive presentation of various religions without forcing the children to join them" constitutes in itself an indoctrination of students that would infringe the appellants' freedom of religion.

[38] The appellants also maintain that exposing children to various religious facts is confusing for them. The confusion or "vacuum" allegedly results

privilégié est porté sur le patrimoine religieux du Québec. L'importance historique et culturelle du catholicisme et du protestantisme y est particulièrement soulignée. Il ne s'agit ni d'accompagner la quête spirituelle des élèves, ni de présenter l'histoire des doctrines et des religions, ni de promouvoir quelque nouvelle doctrine religieuse commune destinée à remplacer les croyances particulières.

[35] Le but formel du Ministère ne paraît donc pas avoir été de transmettre une philosophie fondée sur le relativisme ou d'influencer les croyances particulières des jeunes.

[36] Sur le programme lui-même, le juge Dubois a revu la preuve documentaire, entendu les témoins et tiré les conclusions suivantes (par. 68-69) :

En regard du nouveau programme, l'école va présenter l'éventail des diverses religions et va amener les enfants à dialoguer sur la reconnaissance de soi et le bien commun. Par la suite, le travail additionnel pour la pratique religieuse revient donc aux parents et aux pasteurs de l'Église à laquelle ont adhéré les parents et les enfants.

À la lumière de toute la preuve présentée, le tribunal ne voit pas comment le cours ECR brime la liberté de conscience et de religion des demandeurs pour les enfants, alors que l'on fait une présentation globale de diverses religions sans obliger les enfants à y adhérer.

[37] Mon examen du dossier n'a révélé aucune erreur dans cette évaluation du juge de première instance. À la suite de l'adoption de sa politique de neutralité, l'État québécois ne peut établir un système d'éducation qui favoriserait ou défavoriserait une religion donnée ou une vision particulière de la religion. C'est cependant à lui qu'il appartient de choisir, à l'intérieur de son cadre constitutionnel, les programmes d'éducation. En tenant compte de ce contexte, je ne peux conclure que le fait même d'exposer les enfants à « une présentation globale de diverses religions sans [les] obliger [. . .] à y adhérer » constitue un endoctrinement des élèves qui porterait atteinte à la liberté de religion des appelants.

[38] Les appelants objectent aussi que l'exposition des enfants à différents faits religieux crée de la confusion chez ces derniers. La confusion ou le

from the fact that different beliefs are presented on an equal footing.

[39] In *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710, the Court had an opportunity to consider the cognitive dissonance that may be encountered by children growing up in a diverse society. The Chief Justice made the following comments (paras. 65-66):

> Children encounter [some cognitive dissonance] every day in the public school system as members of a diverse student body. They see their classmates, and perhaps also their teachers, eating foods at lunch that they themselves are not permitted to eat, whether because of their parents' religious strictures or because of other moral beliefs. They see their classmates wearing clothing with features or brand labels which their parents have forbidden them to wear. And they see their classmates engaging in behaviour on the playground that their parents have told them not to engage in. The cognitive dissonance that results from such encounters is simply a part of living in a diverse society. It is also a part of growing up. Through such experiences, children come to realize that not all of their values are shared by others.
>
> Exposure to some cognitive dissonance is arguably necessary if children are to be taught what tolerance itself involves.

[40] Parents are free to pass their personal beliefs on to their children if they so wish. However, the early exposure of children to realities that differ from those in their immediate family environment is a fact of life in society. The suggestion that exposing children to a variety of religious facts in itself infringes their religious freedom or that of their parents amounts to a rejection of the multicultural reality of Canadian society and ignores the Quebec government's obligations with regard to public education. Although such exposure can be a source of friction, it does not in itself constitute an infringement of s. 2(*a*) of the *Canadian Charter* and of s. 3 of the *Quebec Charter*.

[41] The appellants have not proven that the ERC Program infringed their freedom of religion.

« vide » résulterait de la présentation, sur un pied d'égalité, de croyances différentes.

[39] Dans l'arrêt *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur les dissonances cognitives que peuvent vivre les enfants qui grandissent dans une société diversifiée. La Juge en chef y a fait les commentaires suivants (par. 65-66) :

> En tant que membres d'un corps scolaire hétérogène, les enfants y sont exposés tous les jours [à certaines dissonances cognitives] dans le système d'enseignement public. À l'heure des repas, ils voient leurs camarades de classe, et peut-être aussi leurs professeurs, manger des aliments qui leur sont interdits, que ce soit en raison des restrictions religieuses de leurs parents ou d'autres croyances morales. Ils voient leurs camarades porter des vêtements dont leurs parents désapprouvent les caractéristiques ou les marques. Et ils sont également témoins, dans la cour d'école, de comportements que leurs parents désapprouvent. La dissonance cognitive qui en résulte fait simplement partie de la vie dans une société diversifiée. Elle est également inhérente au processus de croissance. C'est à la faveur de telles expériences que les enfants se rendent compte que tous ne partagent pas les mêmes valeurs.
>
> On peut soutenir que l'exposition à certaines dissonances cognitives est nécessaire pour que les enfants apprennent ce qu'est la tolérance.

[40] Les parents qui le désirent sont libres de transmettre à leurs enfants leurs croyances personnelles. Cependant, l'exposition précoce des enfants à des réalités autres que celles qu'ils vivent dans leur environnement familial immédiat constitue un fait de la vie en société. Suggérer que le fait même d'exposer des enfants à différents faits religieux porte atteinte à la liberté de religion de ceux-ci ou de leurs parents revient à rejeter la réalité multiculturelle de la société canadienne et méconnaître les obligations de l'État québécois en matière d'éducation publique. Bien qu'une telle exposition puisse être source de frictions, elle ne constitue pas en soi une atteinte à l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne* et à l'art. 3 de la *Charte québécoise*.

[41] Les appelants n'ont pas fait la preuve que le programme ÉCR portait atteinte à leur liberté de

Therefore, the trial judge did not err in holding that the school board's refusal to exempt their children from the ERC course did not violate their constitutional right.

[42] Moreover, the appellants have shown no error that would justify setting aside the trial judge's conclusion that the school board's decision was not made at the dictate of a third party. As for the Court of Appeal's decision to dismiss the appeal for mootness, suffice it to say that the question before this Court was important and that it justified hearing the appeal even though the appellants' children were no longer subject to the obligation to take the ERC course.

[43] The Court of Appeal was therefore right to uphold the conclusions of the Superior Court. For these reasons, the appeal is dismissed with costs.

English version of the reasons of LeBel and Fish JJ. delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[44] This appeal once again brings to light the often serious difficulties resulting from changes in the relationship between religions, their members and the surrounding society in which they coexist. The issues now before this Court arise out of the recent secularization of the public education system in Quebec and the implementation by Quebec's Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, in 2008 of an Ethics and Religious Culture Program ("ERC Program"), which is now mandatory at the elementary and secondary levels. The implementation of this program re-emphasizes the continuing problem of establishing an appropriate relationship between the religious neutrality of a modern democratic state and the deeply held religious beliefs of members of Quebec society who are often in a minority situation. In this context, and given the weaknesses of the specific record this Court must examine, I conclude, like my

religion. Par conséquent, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que le refus de la Commission scolaire d'exempter leurs enfants du cours ÉCR ne contrevenait pas à leur droit constitutionnel.

[42] Par ailleurs, les appelants n'ont démontré aucune erreur justifiant d'écarter la conclusion du juge de première instance selon laquelle la décision de la Commission scolaire n'avait pas été prise sous la dictée d'un tiers. Pour ce qui est de la décision de la Cour d'appel rejetant le pourvoi en raison de son caractère théorique, il suffit de mentionner que la question soumise à notre Cour était importante et justifiait que celle-ci entende le pourvoi, même si les enfants des appelants n'étaient plus assujettis à l'obligation de suivre le cours ÉCR.

[43] La Cour d'appel a donc eu raison de confirmer les conclusions de la Cour supérieure. Pour les motifs qui précèdent, l'appel est rejeté avec dépens.

Les motifs des juges LeBel et Fish ont été rendus par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[44] Ce pourvoi soulève une fois de plus les difficultés souvent graves que provoque l'évolution des rapports entre les religions, leurs membres et la société ambiante dans laquelle ces religions coexistent. Les problèmes dont la Cour est saisie résultent de la déconfessionnalisation récente des réseaux d'enseignement public au Québec et de la mise en œuvre par le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport du Québec, en 2008, d'un programme d'éthique et de culture religieuse (« programme ÉCR ») qui fait désormais partie des programmes d'enseignement obligatoires au primaire et au secondaire. La mise en application de ce programme souligne à nouveau la persistance du problème de l'établissement d'un rapport approprié entre la neutralité religieuse d'un état démocratique moderne et les convictions religieuses profondes de membres souvent minoritaires de la société québécoise. Dans ce contexte et vu les faiblesses propres au

colleague Deschamps J., that the appeal should be dismissed. However, I do not thereby intend to conclusively uphold the ERC Program's constitutional validity or, above all, its specific application in the everyday workings of the education system. I will therefore make some comments on this subject in the reasons that follow.

## II. Origin and Specific Characteristics of the Challenge

[45] The manner in which this legal debate began did not facilitate the task of examining and resolving the legal issues raised by the parties. As Deschamps J. explains in her reasons, the appellants combined two different requests for relief in a single proceeding. The first was a motion for judicial review in which the appellants sought to overturn the denial of their request for an exemption from the ERC Program for their children under s. 222 of the *Education Act*, R.S.Q., c. I-13.3. The other was a motion to the Superior Court for a declaration that the ERC Program violated their constitutional right and the constitutional right of their children to the protection of freedom of conscience and religion. The appellants undertook their challenge a very short time after the new program was implemented. This rushed approach hardly allowed for an assessment of the concrete impact of the program's implementation beyond the educational framework it established. This situation affected the content and quality of the evidence.

[46] I will not go over the motion for judicial review as such. The Superior Court's findings of fact do not support the argument that the decision to deny the appellants' children an exemption from the ERC Program was null because it was made at the dictate of a third party (2009 QCCS 3875, [2009] R.J.Q. 2398). I will comment solely on the declaratory aspect of the proceeding, that is, the allegation that the appellants' freedom of religion and that of their children was violated.

dossier particulier que notre Cour doit examiner, je conclurai comme ma collègue, la juge Deschamps, au rejet du pourvoi. Cependant, je n'entends pas pour autant confirmer définitivement la validité constitutionnelle du programme ÉCR, ni, surtout, de son application particulière dans la vie quotidienne du système d'éducation. Je ferai donc certaines observations à ce sujet dans les motifs qui suivent.

## II. L'origine de la contestation et ses particularités

[45] La manière dont ce débat judiciaire s'est engagé n'a pas facilité l'examen et la solution des problèmes juridiques soulevés par les parties. Comme l'expose la juge Deschamps dans ses motifs, les appelants ont jumelé dans une même procédure deux demandes différentes. Dans la première, une demande de contrôle judiciaire, ils recherchaient l'annulation du refus de leur demande d'exemption du programme ÉCR, présentée en vertu de l'art. 222 de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., ch. I-13.3 en faveur de leurs enfants. Dans la seconde, de nature déclaratoire, ils réclamaient que la Cour supérieure constate que le programme ÉCR violait leur droit constitutionnel à la protection de la liberté de conscience et de religion, ainsi que celui de leurs enfants. De plus, cette contestation a été entreprise fort peu de temps après la mise en application du nouveau programme. Cette précipitation ne permettait guère d'évaluer les effets concrets de la mise en œuvre du programme au-delà du seul cadre pédagogique qu'il établissait. Cet état de choses a affecté le contenu et la qualité de la preuve.

[46] Je ne reviendrai pas sur la demande de contrôle judiciaire proprement dite. Les constatations de faits de la Cour supérieure ne permettent pas de soutenir le moyen selon lequel la décision refusant d'exempter les enfants des appelants du programme ÉCR aurait été nulle parce qu'elle aurait été prise sous la dictée d'un tiers (2009 QCCS 3875, [2009] R.J.Q. 2398). Mes commentaires porteront seulement sur le volet déclaratoire de la demande, c'est-à-dire sur l'allégation de violation de la liberté de religion des appelants et de leurs enfants.

III. Allegation That Freedom of Religion Violated and Analytical Approach Taken by the Superior Court

[47] The appellants did not seek to annul the ERC Program. Instead, they asked the Superior Court to find that the refusal to exempt their children infringed the freedom of conscience and religion protected by s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "*Canadian Charter*"). They also relied on s. 3 of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("the *Quebec Charter*"). They define themselves as Catholics and say that they practise their religion, which imposes an obligation on them to pass on their faith to their children. In substance, they argue that the mandatory nature of the program infringes this freedom of religion. First, the program advocates a relativistic view of religions. Next, it conveys the idea that religious values do not constitute a sound basis for making ethical decisions. Finally, the ERC Program tends to place children in a moral vacuum by requiring them to put aside their religious values when discussing ethical questions in class.

[48] With all due respect, I am not convinced that the trial judge adhered to the analytical approach first established by this Court in *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, a case involving the application of s. 3 of the *Quebec Charter*. Two subsequent judgments by this Court have applied this approach to issues relating to the implementation of s. 2(*a*) of the *Canadian Charter* (*Multani v. Commission scolaire Marguèrite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 34; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 32).

[49] According to the approach adopted by this Court in *Amselem*, an applicant must first establish the sincerity of his or her belief in a religious doctrine, practice or obligation. In this area, the courts do not search an applicant's soul or conscience and do not seek to become theologians. They ascertain

III. L'allégation de violation de la liberté de religion et la méthode d'analyse adoptée par la Cour supérieure

[47] Les appelants n'ont pas sollicité l'annulation du programme ÉCR. Ils ont plutôt demandé au tribunal de constater que le refus d'en exempter leurs enfants portait atteinte à la liberté de conscience et de religion que protège l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la « *Charte canadienne* »). Ils invoquent aussi l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (la « *Charte québécoise* »), L.R.Q., ch. C-12. Ils se définissent comme catholiques et affirment pratiquer leur religion. Selon eux, celle-ci leur impose l'obligation d'assurer la transmission de leur foi à leurs enfants. En substance, disent-ils, le caractère obligatoire du programme porterait atteinte à cette liberté de religion. D'abord, il prônerait une vision relativiste des religions. Ensuite, il exprimerait l'idée que les valeurs religieuses ne forment pas une base sûre pour prendre des décisions éthiques. Finalement, il tendrait à créer un vide moral chez les enfants en les obligeant à mettre de côté leurs valeurs religieuses lorsqu'ils discutent de questions éthiques en classe.

[48] Avec égards pour le juge de première instance, je ne suis pas convaincu qu'il ait respecté la grille d'analyse qu'a établie notre Cour, d'abord à l'occasion d'un débat sur l'application de l'art. 3 de la *Charte québécoise*, dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551. Deux jugements subséquents de notre Cour ont appliqué cette méthode d'analyse à des problèmes de mise en œuvre de l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne* (*Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 34; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 32).

[49] Selon l'approche adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Amselem*, le demandeur doit d'abord établir la sincérité de sa croyance dans une doctrine, une pratique ou une obligation religieuse. Dans ce domaine, le tribunal ne sonde pas les âmes ou les consciences et ne cherche pas à se transformer

whether there is a sincere subjective belief (paras. 42-43). The courts then determine whether the applicant has demonstrated significant infringement to that belief as a result of state action (paras. 58-60). This second part of the analysis must remain objective in nature.

[50] In the present case, the allegation that freedom of religion was violated concerned a specific aspect of such freedom, namely the obligations of parents relating to the religious upbringing of their children and the passing on of their faith. The right of parents to bring up their children in their faith is part of the freedom of religion guaranteed by the *Canadian Charter* (*B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 105, *per* La Forest J.). Following the analytical approach adopted in *Amselem*, the appellants needed to establish that their religious belief was sincere and that the ERC Program infringed that aspect of their freedom of religion.

[51] The Superior Court turned this matter into a debate about the incorrect nature of the parents' belief. The trial judge acknowledged that the parents were Catholics and that they believed they had an obligation to pass on their faith to their children. Having gotten to that stage, he did not consider the program's content or its impact on the alleged belief. In substance, he held instead that the parents were wrong to believe that the program's objectives interfered with the fulfilment of their religious obligations toward their children. He relied mainly on the opinion of a theologian who served as an expert for the respondents and on the fact that the Assemblée des évêques catholiques du Québec was not opposed to the objectives of the ERC Program.

[52] The trial judge should have endeavoured to consider in more concrete terms the program's content and the impact claimed, correctly or not, by the appellants on the fulfilment of their religious obligations. There is no doubt that the appellants bore the burden of proof at this stage of the constitutional analysis. It was not enough to express disagreement with the program and its objectives. Despite being sincerely held, their opinion that basic moral

en théologien. Il vérifie la présence d'une croyance subjective et sincère (par. 42-43). Par la suite, il détermine si le demandeur a établi que les actes de l'État portent atteinte de manière appréciable à cette croyance (par. 58-60). Cette seconde partie de l'analyse doit conserver un caractère objectif.

[50] En l'espèce, l'allégation de violation de la liberté de religion portait sur un aspect spécifique de celle-ci, les obligations des parents à l'égard de l'éducation religieuse de leurs enfants et de la transmission de leur foi à ces derniers. Le droit des parents d'éduquer leurs enfants dans leur foi fait partie de la liberté de religion garantie par la *Charte canadienne* (*B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 105, le juge La Forest). Suivant la grille d'analyse adoptée dans l'arrêt *Amselem*, les appelants devaient établir la sincérité de leur croyance religieuse et l'atteinte que le programme ÉCR apporterait à cet aspect de leur liberté de religion.

[51] Dans la présente affaire, la Cour supérieure a transformé le débat en un litige sur le caractère erroné de la croyance des parents. Le premier juge a reconnu que ceux-ci étaient catholiques et qu'ils croyaient avoir l'obligation de transmettre leur foi à leurs enfants. Parvenu à cette étape, il ne s'est pas interrogé sur le contenu du programme ni sur ses effets sur la croyance alléguée. En substance, le premier juge a plutôt décidé que les parents en cause avaient tort de croire que les objectifs du programme nuisaient à l'exécution de leurs obligations religieuses envers leurs enfants. Il s'est basé principalement sur l'opinion d'un théologien cité comme expert par les intimés et sur le fait que l'Assemblée des évêques catholiques du Québec ne s'opposait pas aux objectifs du programme ÉCR.

[52] Il lui aurait fallu tenter de se pencher de manière plus concrète sur le contenu du programme et sur les conséquences que lui imputaient à tort ou à raison les appelants à l'égard de l'exécution de leurs obligations religieuses. À cette étape de l'analyse constitutionnelle, il est indéniable que le fardeau de la preuve reposait sur ces derniers. Le seul fait d'affirmer leur désaccord avec le programme et ses objectifs ne suffisait pas. Malgré sa sincérité, leur

relativism was the program's essential characteristic was not sufficient to establish a violation of the *Canadian Charter* or the *Quebec Charter*. It must therefore be determined whether the claimants discharged their burden of proof.

## IV. The Problem of Proving a Violation of Freedom of Religion

[53] This brings us to one of the problems that arise in this matter in determining whether the ERC Program is consistent with Quebec's constitutional obligations relating to freedom of religion. First, a finding of a violation of the two Charters cannot be based solely on a subjective perception of the Program's impact. Moreover, the Program's design and the content of the educational and administrative framework do not make it easy to assess the program's concrete impact in the everyday workings of Quebec's public school system. In other words, is it a program that will provide all students with better knowledge of society's diversity and teach them to be open to differences? Or is it an educational tool designed to get religion out of children's heads by taking an essentially agnostic or atheistic approach that denies any theoretical validity to the religious experience and religious values? Is the program consistent with the notion of secularism that has gradually been developed in constitutional cases, particularly in the field of education? The state of the record makes it impossible to answer these questions with confidence.

[54] This Court's decisions have stressed the importance of neutrality in the public school system. They have recognized that the very nature of a public education system implies the creation of opportunities for students of different origins and religions to learn about the diversity of opinions and cultures existing in our society, even in religious matters. Imparting information about different views of the world cannot be equated with a violation of freedom of religion (*Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86,

opinion selon laquelle un relativisme moral fondamental constitue la caractéristique essentielle de ce programme n'est pas suffisante pour établir une violation de la *Charte canadienne* ou de la *Charte québécoise*. On doit donc vérifier si la preuve d'une telle violation a été faite.

## IV. Le problème de la preuve de la violation de la liberté de religion

[53] Nous nous heurtons ici à l'une des difficultés que pose la présente instance pour ce qui est de l'évaluation de la conformité du programme ÉCR aux obligations constitutionnelles de la province de Québec en matière de liberté de religion. D'une part, la seule perception subjective des appelants au sujet de l'impact du programme ne permet pas de conclure à une violation des deux chartes. D'autre part, la conception du programme et la teneur du cadre pédagogique et administratif ne facilitent pas l'évaluation des conséquences concrètes du programme dans la vie quotidienne au sein du réseau scolaire public du Québec. En d'autres mots, s'agit-il d'un programme qui assurera à tous les élèves une meilleure connaissance de la diversité de la société et une approche d'ouverture aux différences? Ou s'agit-il plutôt d'un instrument pédagogique destiné à sortir la religion de la tête des enfants à partir d'une approche essentiellement agnostique ou athée, qui dénie toute validité de principe aux valeurs et à l'expérience religieuses? Le programme est-il conforme à la conception de la laïcité qui s'est formée graduellement dans la jurisprudence constitutionnelle, notamment dans le domaine scolaire? La preuve au dossier ne permet pas de répondre avec confiance à ces questions.

[54] Dans sa jurisprudence, notre Cour a souligné l'importance de la neutralité du réseau scolaire public. Elle a reconnu que la nature même d'un système d'enseignement public implique la création d'occasions pour les élèves d'origines et de religions différentes de prendre connaissance de la diversité des opinions et des cultures qui existent dans notre société, même en matière religieuse. Le fait d'informer les élèves sur des visions différentes du monde ne saurait être assimilé à une violation de la liberté de religion (*Chamberlain c. Surrey School District*

[2002] 4 S.C.R. 710, at paras. 65-66 and 211-12). Moreover, in the modern Canadian political system, the state in principle takes a position of neutrality. And it is barred from enacting private legislation that favours one religion over another (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 351, *per* Dickson J. (as he then was)). In a diverse country like Canada, such a position has become essential to preserving the constitutional freedom to believe or not believe and to express one's beliefs (*Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650). Under the constitutional principles governing state action, the state has neither an obligation to promote religious faith nor a right to discourage religious faith in its public education system. Only such true neutrality is in keeping with the secularism of the state (J. Woehrling, "Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec", in M. Jézéquel, ed., *Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous* (2007), 215, at p. 220).

[55] The appellants' evidence concerning the violation of their freedom of religion consists first of a statement of their faith and of their conviction that the ERC Program interferes with their obligation to teach and pass on that faith to their children. In addition, they filed the ERC Program, which is several hundred pages long and takes up a volume of the appeal record, as well as a textbook used to teach the program.

[56] Based on the rules of civil evidence, this documentation does not make it possible to find a violation of the *Canadian Charter* or the *Quebec Charter*. This conclusion results from the very nature of the administrative document prepared by Quebec's Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, to explain the program's general content, objectives and methods. In fact, that document in its current form says little about the actual content of the teaching and the approach that teachers will actually take in dealing with their students. It determines neither the content of the textbooks

*No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710, par. 65-66 et 211-212). Par ailleurs, dans le régime politique canadien moderne, l'État conserve en principe une attitude de neutralité. L'État ne saurait d'ailleurs adopter des lois privées privilégiant une religion par rapport à une autre (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 351, le juge Dickson (plus tard Juge en chef)). Dans un pays divers comme le Canada, une telle attitude est devenue essentielle pour préserver la liberté constitutionnelle de croire ou de ne pas croire et celle d'exprimer ses croyances (*Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650). Dans son système d'enseignement public, l'État n'a, en vertu des principes constitutionnels qui régissent son action, ni l'obligation de favoriser la foi religieuse, ni le droit de décourager celle-ci. Seule cette véritable neutralité respecte sa laïcité (J. Woehrling, « Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec », dans M. Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous* (2007), 215, p. 220).

[55] La preuve présentée par les appelants pour établir la violation de leur liberté de religion consiste d'abord à affirmer leur foi et leur conviction que le programme ÉCR porte atteinte à leur obligation d'enseigner et de transmettre cette foi à leurs enfants. En outre, ils ont déposé le programme en question, lequel comprend quelques centaines de pages remplissant un volume du dossier d'appel, en plus de produire un manuel scolaire destiné à l'enseignement de ce programme.

[56] Cette documentation ne permet toutefois pas de conclure, suivant les normes de la preuve civile, à une violation de la *Charte canadienne* ou de la *Charte québécoise*. Cette conclusion découle de la nature même du document administratif qu'a préparé le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport du Québec pour expliquer le contenu général du programme, ses objectifs et ses méthodes. Dans sa forme actuelle, il dit en réalité peu de chose sur le contenu concret de l'enseignement et sur l'approche qui sera effectivement adoptée par les enseignants dans leurs relations avec les élèves. Il ne

or educational materials to be used, nor their approach to religious facts or to the relationship between religious values and the ethical choices open to students. The program is made up of general statements, diagrams, descriptions of objectives and competencies to be developed as well as various recommendations for the program's implementation. Even after a careful reading, it is not really possible to assess what the program's implementation will actually mean. As a result, it is hard to tell what the emphasis the program will place on Quebec's religious heritage and on the cultural and historical importance of Catholicism and Protestantism in that province will mean (A.R., vol. V, at p. 710).

[57] A textbook has been filed and experts have expounded and testified for both sides, strongly supporting conflicting positions. The evidence concerning the teaching methods and content and the spirit in which the program is taught has remained sketchy. Unless it can be found that any exposure of children to realities that differ from those in their family environment is unacceptable in light of the constitutional or quasi-constitutional protection conferred on freedom of religion, I cannot conclude that the appellants have been able to prove their case.

[58] As a result of the state of the record, however, I am also unable to conclude that the program and its implementation could not, in the future, possibly infringe the rights granted to the appellants and persons in the same situation. In this regard, the single textbook filed in the record may cause some confusion in terms of the way it presents the connection between the program's religious content and its ethical content. For example, does the content of the Christmas-related exercises for six-year-old students encourage the transformation of an experience and tradition into a form of folklore consisting merely of stories about mice or surprising neighbours? These are some potential questions and concerns. The record before this Court does not make it possible to respond to them. However, the legal situation could change during the existence of the ERC Program.

détermine pas non plus le contenu des manuels ou des autres ressources pédagogiques qui seront utilisés, ni leur approche à l'égard des faits religieux ou des rapports entre les valeurs religieuses et les choix éthiques ouverts aux étudiants. Le programme est composé d'énoncés généraux, de diagrammes, de descriptions d'objectifs et de compétences à développer, ainsi que de recommandations diverses sur son application. Même après une lecture attentive, il ne permet guère d'apprécier quel effet entraînera réellement son application. Ainsi, il demeure difficile de déterminer ce que signifiera le regard privilégié que le programme devra porter sur le patrimoine religieux du Québec et sur l'importance culturelle et historique du catholicisme et du protestantisme dans cette province (d.a., vol. V, p. 710).

[57] Un manuel a été déposé, puis des experts ont disserté et témoigné de part et d'autre, en défendant ardemment des thèses contradictoires. La preuve sur les méthodes et le contenu de l'enseignement, comme sur son esprit est restée schématique. À moins de conclure que toute exposition d'un enfant à des réalités différentes de celles de son milieu familial est inadmissible en raison de la protection constitutionnelle ou quasi constitutionnelle accordée à la liberté de religion, je ne saurais conclure que les appelants ont réussi à faire la preuve de leurs prétentions.

[58] Par ailleurs, l'état de la preuve ne me permet pas non plus de conclure que le programme et sa mise en application ne pourront éventuellement porter atteinte aux droits accordés aux appelants et à des personnes placées dans la même situation. À cet égard, le seul manuel scolaire versé au dossier laisse dans une certaine mesure perplexe quant à la présentation des rapports entre le contenu religieux et le contenu éthique du programme. Par exemple, le contenu des exercices proposés à des élèves de six ans à l'occasion de la fête de Noël inviterait-il à la folklorisation d'une expérience et d'une tradition assimilées à de simples contes sur des souris ou des voisins surprenants? Ce sont des questions et des inquiétudes possibles. Le dossier soumis à notre Cour ne permet pas d'y répondre. Toutefois, il se peut que la situation juridique évolue au cours de la vie du programme ÉCR.

[59] For these reasons and subject to these qualifications, I would dismiss the appeal without costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Borden Ladner Gervais, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Commission scolaire des Chênes: Morency Société d'avocats, Québec.*

*Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

*Solicitor for the intervener the Christian Legal Fellowship: Robert E. Reynolds, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.*

*Solicitor for the intervener Coalition pour la liberté en éducation: Jean-Pierre Bélisle, Saint-Joseph-du-Lac, Quebec.*

*Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener Regroupement Chrétien pour le droit parental en éducation: Côté Avocats Inc., Sainte-Julie, Quebec.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Council of Christian Charities and the Canadian Catholic School Trustees' Association: Miller Thomson, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Fédération des commissions scolaires du Québec: Guimont, Tremblay, avocats, Québec.*

[59] Pour ces motifs et avec ces réserves, je rejetterais le pourvoi, sans dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants : Borden Ladner Gervais, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée la Commission scolaire des Chênes : Morency Société d'avocats, Québec.*

*Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

*Procureur de l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit : Robert E. Reynolds, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.*

*Procureur de l'intervenante la Coalition pour la liberté en éducation : Jean-Pierre Bélisle, Saint-Joseph-du-Lac, Québec.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le Regroupement Chrétien pour le droit parental en éducation : Côté Avocats Inc., Sainte-Julie, Québec.*

*Procureurs des intervenants le Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes et l'Association canadienne des commissaires d'écoles catholiques : Miller Thomson, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération des commissions scolaires du Québec : Guimont, Tremblay, avocats, Québec.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

*En cas de non-livraison, retourner à :*
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
http://publications.gc.ca

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
http://publications.gc.ca