Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 2012 Vol. 2

and Tables

Cited as [2012] 2 S.C.R. { i-xlvii, 489-721

3e cahier, 2012 Vol. 2

et Tables

Renvoi [2012] 2 R.C.S. { i-xlvii, 489-721

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
LEE ANN GORMAN
SÉBASTIEN LAFRANCE
KAREN LEVASSEUR
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
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME
NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL
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, 2013.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2013.

CONTENTS

Title Page i

List of Judges ii

Errata iv

Motions v

Table of Judgments xi

Table of Cases Cited xv

Statutes and Regulations Cited xxxix

Authors Cited xliii

Index 711

A.B. *v.* Bragg Communications Inc. 567

Courts — Open court principle — Publication bans — Children — 15-year-old victim of sexualized cyberbullying applying for order requiring Internet provider to disclose identity of person(s) using IP address to publish fake and allegedly defamatory Facebook profile — Victim requesting to proceed anonymously in application and seeking publication ban on contents of fake profile — Whether victim required to demonstrate specific harm or whether court may find objectively discernable harm.

Canada *v.* Craig 489

Taxation — Income Tax — Deduction of farming losses — Taxpayer drawing income from farming and other sources — Taxpayer deducting farming losses from total income — Whether farm income combined with other income constitutes chief source of income — Whether totality of farming losses deductible from income — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 31(1)(a).

Courts — Decisions — Stare decisis — Whether subordinate courts may overrule higher court precedent — Circumstances in which prior Supreme Court of Canada decisions will be reconsidered or revised.

Canada (Attorney General) *v.* Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society 524

Civil procedure — Parties — Standing — Public interest standing — Public interest group and individual working on behalf of sex workers initiating constitutional challenge to prostitution provisions of Criminal Code — Whether constitutional challenge constituting a reasonable and effective means to bring case to court — Whether public interest group and individual should be granted public interest standing.

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i

Liste des juges iii

Errata iv

Requêtes v

Table des jugements xiii

Table de la jurisprudence xxvii

Lois et règlements cités xli

Doctrine citée xliii

Index 717

A.B. *c.* Bragg Communications Inc. 567

Tribunaux — Principe de la publicité des débats judiciaires — Interdictions de publication — Enfants — Demande d'une victime de cyberintimidation à caractère sexuel âgée de 15 ans en vue d'obtenir une ordonnance obligeant un fournisseur de services Internet à divulguer l'identité de la personne ou des personnes qui ont utilisé une adresse IP pour publier un faux profil Facebook censément diffamatoire — Demande de la victime en vue de procéder de façon anonyme et d'obtenir une ordonnance de non-publication du contenu du faux profil — La victime doit-elle faire la preuve d'un préjudice particulier, ou la Cour peut-elle conclure à l'existence d'un préjudice objectivement discernable?

Canada *c.* Craig 489

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Déduction des pertes agricoles — Revenu tiré par le contribuable de l'agriculture et d'autres sources — Pertes agricoles déduites par le contribuable de son revenu total — La combinaison du revenu agricole et d'un autre revenu constitue-t-elle la principale source de revenu? — La totalité des pertes agricoles est-elle déductible du revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 31(1)a).

Tribunaux — Décisions — Stare decisis — Les cours inférieures peuvent-elles écarter un précédent établi par une cour supérieure? — Circonstances dans lesquelles les arrêts antérieurs de la Cour suprême sont réexaminés ou révisés.

Canada (Procureur général) *c.* Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society 524

Procédure civile — Parties — Qualité pour agir — Qualité pour agir dans l'intérêt public — Groupe de défense de l'intérêt public et individu œuvrant pour les travailleuses

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. *v.* Bellusci **509**

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Stay of proceedings — Accused prisoner and prison guard both suffering injuries as a result of altercation — Accused charged with assault and intimidation of a justice system participant — Trial judge acquitting accused of assault charges and staying charge of intimidation of a justice system participant on ground that his s. 7 Charter rights had been breached — Whether stay of proceedings was a proper remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Court of Appeal overturning stay of proceedings entered by trial judge and remitting matter back to trial court for continuation of trial — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's decision to grant stay — Whether Court of Appeal has power to order continuation of trial — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(4), (8).

R. *v.* D.C. **626**

Criminal law — Evidence — Credibility — Sexual assault and aggravated assault — Non-disclosure of HIV status — Proof of realistic possibility of transmission of HIV — Whether trial judge could rely on doctor's note as confirmatory evidence of complainant's testimony that no condom had been used — Whether trial judge committed error on question of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268, 271, 686(1)(a)(ii).

R. *v.* Mabior **584**

Criminal law — Aggravated assault — Consent — Fraud — Non-disclosure of HIV status — Accused undergoing antiretroviral therapy and having protected and unprotected sexual relations knowing he was HIV-positive — Whether approach outlined in R. v. Cuerrier, [1998] 2 S.C.R. 371, remains valid in determining whether fraud vitiates consent to sexual relations — Whether non-disclosure of HIV status in circumstances where no realistic possibility of transmission exists can constitute fraud vitiating consent — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268, 273.

R. *v.* Prokofiew **639**

Criminal law — Evidence — Failure to testify — Charge to jury — Accused did not testify but incriminated by co-accused's testimony — Co-accused's counsel inviting jury to infer accused's guilt from failure to testify — Trial judge refrained from giving remedial instruction to jury about accused's right to silence — Whether trial judge prohibited by Canada Evidence Act from affirming right to silence — Whether failure to give explicit remedial

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

du sexe à l'origine d'une contestation constitutionnelle des dispositions du Code criminel relatives à la prostitution — La contestation constitutionnelle constitue-t-elle une manière raisonnable et efficace de soumettre la cause à la cour? — Le groupe de défense de l'intérêt public et l'individu devraient-ils se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public?

R. *c.* Bellusci **509**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Arrêt des procédures — Blessures subies par un détenu accusé et par un agent de détention lors d'une altercation — Accusations de voies de fait et d'intimidation d'une personne associée au système judiciaire — Acquittement de l'accusé en première instance à l'égard des accusations de voies de fait et arrêt des procédures ordonné par le juge du procès relativement au chef d'intimidation en raison de l'atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la Charte — L'arrêt des procédures constituait-il une réparation convenable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Annulation par la Cour d'appel de l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès et renvoi de l'affaire au tribunal de première instance pour la continuation du procès — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de modifier la décision du juge du procès d'ordonner l'arrêt des procédures? — Avait-elle le pouvoir d'ordonner la continuation du procès? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(4), (8).

R. *c.* D.C. **626**

Droit criminel — Preuve — Crédibilité — Agression sexuelle et voies de fait graves — Omission de révéler la séropositivité — Preuve d'une possibilité réaliste de transmission du VIH — Le juge du procès pouvait-il considérer la note d'un médecin comme un élément de preuve corroborant le témoignage du plaignant concernant l'inutilisation d'un condom? — A-t-il commis une erreur de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c), 268, 271, 686(1)a)(ii).

R. *c.* Mabior **584**

Droit criminel — Agression sexuelle grave — Consentement — Fraude — Omission de révéler la séropositivité — Accusé sous traitement aux antirétroviraux ayant des rapports sexuels protégés et non protégés tout en se sachant séropositif — La démarche établie dans R. c. Cuerrier, [1998] 2 R.C.S. 371, demeure-t-elle valable pour déterminer si la fraude vicie le consentement aux rapports sexuels? — L'omission de révéler la séropositivité lorsqu'il n'existe aucune possibilité réaliste de transmission du VIH peut-elle constituer une fraude viciant le

Suite à la page suivante

instruction constituted error — If so, whether curative proviso applicable — Canada Evidence Act, s. 4(6) — Criminal Code, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Evidence — Hearsay — Whether trial judge's erroneous admission of hearsay evidence sufficiently serious to preclude application of curative proviso — Criminal Code, s. 686(1)(b)(iii).

R. *v.* Rochon 673

Criminal law — Parties to offences — Doing or omitting to do anything to aid any person to commit offence — Accused entrusting property to son and failing to report son's marijuana cultivation on property — Evidence insufficient to establish that accused aided in commission of offence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 21(1)(b).

Southcott Estates Inc. *v.* Toronto Catholic District School Board 675

Contracts — Commercial contracts — Remedies — Specific performance — Duty to mitigate — Single-purpose company entering into agreement for purchase of land — Vendor breaching contractual obligations — Company seeking specific performance — Whether single-purpose company must mitigate its losses — Whether plaintiff seeking specific performance has obligation to mitigate its losses — Whether trial judge erred in concluding there were no comparable properties available for mitigation.

consentement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c), 268, 273.

R. *c.* Prokofiew 639

Droit criminel — Preuve — Défaut de témoigner — Exposé au jury — Témoignage d'un coaccusé incriminant l'accusé, qui n'a pas témoigné — Jury invité par l'avocat du coaccusé à inférer la culpabilité de l'accusé du défaut de ce dernier de témoigner — Abstention du juge du procès de donner au jury une directive correctrice au sujet du droit de l'accusé de garder le silence — La Loi sur la preuve au Canada interdit-elle au juge du procès de faire état du droit de garder le silence? — Le défaut de donner une directive correctrice explicite a-t-il constitué une erreur? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice est-elle applicable? — Loi sur la preuve au Canada, art. 4(6) — Code criminel, art. 686(1)b)(iii).

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — L'admission erronée de la preuve par ouï-dire par le juge du procès est-elle une erreur suffisamment grave pour faire obstacle à l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, art. 686(1)b)(iii).

R. *c.* Rochon 673

Droit criminel — Participants aux infractions — Accomplir ou omettre d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à commettre une infraction — Propriété confiée par l'accusée à son fils et omission par la première de signaler la culture par le second de marijuana sur cette propriété — Preuve insuffisante pour établir que l'accusée a aidé à commettre l'infraction — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1)b).

Southcott Estates Inc. *c.* Toronto Catholic District School Board 675

Contrats — Contrats commerciaux — Recours — Exécution intégrale — Obligation de mitiger le préjudice — Promesse d'achat d'un terrain par une société à but unique — Inexécution de la promesse de vente par le promettant-vendeur — Demande d'exécution intégrale par la société — Une société à but unique doit-elle mitiger ses pertes? — La demanderesse qui cherche à obtenir l'exécution intégrale a-t-elle l'obligation de mitiger ses pertes? — Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure qu'aucun immeuble comparable n'aurait pu servir à mitiger le préjudice?

2012 Volume 2

Canada Supreme Court Reports
Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

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

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
LEE ANN GORMAN
SÉBASTIEN LAFRANCE
KAREN LEVASSEUR
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
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME
NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL
JEAN-FRANÇOIS SCHAAN

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

© HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA, OTTAWA, 2013 / © SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA, OTTAWA, 2013
ISSN 0045-4230

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

The Honourable MICHAEL J. MOLDAVER

The Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS

The Honourable RICHARD WAGNER

On the 7th day of August 2012, the Honourable Marie Deschamps, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

On the 5th day of October 2012, the Honourable Richard Wagner, a Judge of the Court of Appeal of Quebec, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable LOUIS LEBEL

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

L'honorable MICHAEL J. MOLDAVER

L'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS

L'honorable RICHARD WAGNER

L'honorable Marie Deschamps, juge puînée à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 7 août 2012.

Le 5 octobre 2012, l'honorable Richard Wagner, juge de la Cour d'appel du Québec, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

ERRATA

[2011] 2 S.C.R., p. xiii, Table of Judgments. Page number for *Canada (Attorney General) v. Mavi* and for *Mavi, Canada (Attorney General) v.* is 504 instead of 485.

[2011] 2 S.C.R., p. xv, Table des jugements. Page number for *Canada (Procureur général) c. Mavi* and for *Mavi, Canada (Procureur général) c.* is 504 instead of 485.

[2011] 2 R.C.S., p. xv, Table des jugements. Le numéro de page des entrées *Canada (Procureur général) c. Mavi* et *Mavi, Canada (Procureur général) c.* est 504 au lieu de 485.

[2011] 2 R.C.S, p. xiii, Table of Judgments. Le numéro de page des entrées *Canada (Attorney General) v. Mavi* et *Mavi, Canada (Attorney General) v.* est 504 au lieu de 485.

MOTIONS — REQUÊTES

(May 16 to July 31, 2012 – 16 mai au 31 juillet 2012)

A.R.M. v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 34682, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.

ABS Trucking Ltd. v. City of Edmonton, (Alta.), 34634, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

AIC Ltd. v. Fischer, (Ont.), 34738, leave to appeal granted with costs in the cause, 28.6.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Anani v. First National Financial GP Corporation, (Ont.), 34768, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Apotex Inc. v. Eli Lilly Canada Inc., (F.C.), 34670, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc., (F.C.), 34676, leave to appeal refused with costs, 12.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Apotex Inc. v. Nycomed Canada Inc., (F.C.), 34669, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Association démocratique des ressources à l'enfance du Québec (CSD) - Mauricie-Centre-du-Québec c. Union des employées et employés de service, section locale 800, (Qc), 34667, leave to appeal refused with costs, 14.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Association des locataires du Village olympique inc. (ALVO) c. Ville de Montréal, (Qc), 34598, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Attorney General of Canada on behalf of the Czech Republic v. Zajicek, (Ont.) (Crim.), 34767, leave to appeal granted, 28.6.12, autorisation d'appel accordée.

Auger c. Lauzon, (Qc), 34710, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

B c. Intervenant 1, (Qc), 34715, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

B.C. v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 34535, leave to appeal refused, 17.5.12, autorisation d'appel refusée.

Bablitz v. Phillip, (Alta.), 34677, leave to appeal refused with costs, 12.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bédard c. Ministre de la Justice du Canada, (Qc) (Crim.), 34737, leave to appeal refused, 21.6.12, autorisation d'appel refusée.

Beltran v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America, (Ont.) (Crim.), 34717, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.

Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak, (Ont.), 34645, leave to appeal granted with costs in the cause, 28.6.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Burns v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 219, (N.B.), 34714, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

C.S. v. Children's Aid Society of the Regional Municipality of Waterloo, (Ont.), 34721, leave to appeal refused, 14.6.12, autorisation d'appel refusée.

Canadian National Railway v. McKercher LLP, (Sask.), 34545, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.5.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Chabotar c. Ville de Laval, (Qc), 34675, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Cinar Corporation v. Robinson, (Que.), 34466, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.5.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Laval, (Qc), 34586, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Commissionaires Nova Scotia v. Crouse, (F.C.), 34711, leave to appeal refused with costs, 14.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Conseil de la Première Nation Malécite de Viger c. Crevette du Nord Atlantique Inc., (Qc), 34713, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Corporation of the Township of Russell v. Bickley, (Ont.), 34970, notice of discontinuance filed, 4.10.12, avis de désistement produit.

Crane Canada Inc. v. Economical Insurance Company, (Que.), 34665, leave to appeal refused with costs, 14.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Daishowa-Marubeni International Ltd. v. The Queen, (F.C.), 34534, leave to appeal granted in part, 4.6.12, autorisation d'appel accordée en partie.

Davis v. Corporation of the City of Guelph, (Ont.), 34637, leave to appeal refused with costs, 24.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Davitt v. Minister of National Revenue, (F.C.), 34729, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Denver-Lambert c. La Reine, (Qc) (Crim.), 34626, leave to appeal refused, 19.7.12, autorisation d'appel refusée.

Dicaro v. Manufacturers Life Insurance Company, (Ont.), 34697, leave to appeal refused with costs, 21.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Divito c. Ministre de la sécurité publique et de la protection civile, (C.F.), 34128, leave to appeal granted, 24.5.12, autorisation d'appel accordée.

Doig v. Canada (Minister of National Revenue), (F.C.), 34726, leave to appeal refused with costs, 14.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Doyle v. McAleer, (P.E.I.), 34728, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Elbilia v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 2002, (F.C.), 34683, leave to appeal refused with costs, 14.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Envision Credit Union v. The Queen, (F.C.), 34619, leave to appeal granted with costs in the cause, 21.6.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Ethier v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 34688, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.

Fundi v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 34705, leave to appeal refused, 28.6.12, autorisation d'appel refusée.

Gaskin v. Royal Bank of Canada, (Man.), 34672, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gauthier c. Richard, (Qc), 34752, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gauthier v. Tarlo Lyons, (Ont.), 34723, leave to appeal refused with costs, 12.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Grandchamp c. Transamerica Vie Canada, (Qc), 34674, leave to appeal refused, 14.6.12, autorisation d'appel refusée.

Greenway Estates Homes Ltd. v. McDonald, (Ont.), 34690, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Grewal v. Sandhu, (B.C.), 34725, leave to appeal refused with costs, 21.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

H.H. v. N.H., (Que.), 34635, leave to appeal refused, 31.5.12, autorisation d'appel refusée.

Hahn v. The Queen, (F.C.), 34552, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hart v. Roman Catholic Episcopal Corporation of the Diocese of Kingston, in Canada, (Ont.), 34625, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hay v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 33536, leave to appeal granted, 19.7.12, autorisation d'appel accordée.

Hryniak v. Mauldin, (Ont.), 34641, leave to appeal granted with costs in the cause, 28.6.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Hudgins v. Regional Municipality of Peel Police Services Board, (Ont.), 34643, leave to appeal refused, 31.5.12, autorisation d'appel refusée.

Hudgins v. The Queen, (Ont.), 34689, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hudson's Bay Company v. Sutherland, (Ont.), 34532, leave to appeal refused, 17.5.12, autorisation d'appel refusée.

Imperial Tobacco Canada Limited v. The Queen, (F.C.), 34606, leave to appeal refused with costs, 24.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Infineon Technologies AG v. Pro-Sys Consultants Ltd., (B.C.), 33522, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Izard c. Robinson, (Qc), 34468, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.5.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Jeffery v. London Life Insurance Company, (Ont.), 34599, leave to appeal refused with costs, 24.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

K.S. v. CAS of the Regional Municipality of Waterloo, (Ont.), 34703, leave to appeal refused with costs, 24.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Keremelevski v. Michelle, (B.C.), 34813, leave to appeal refused, 28.6.12, autorisation d'appel refusée.

La Souveraine, Compagnie d'assurance générale c. Autorité des marchés financiers, (Qc), 34699, leave to appeal granted with costs in the cause, 28.6.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Lac v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 34685, leave to appeal refused, 26.7.12, autorisation d'appel refusée.

Lavigne v. Canada Post Corporation, (F.C.), 34702, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lojas Renner S.A. v. Tucows.Com Co., (Ont.), 34481, leave to appeal refused with costs, 24.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lopez c. Procureur général du Canada, au nom des États-Unis d'Amérique, (Qc) (Crim.), 34560, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.

Mailloux c. La Reine, (Qc) (Crim.), 34741, leave to appeal refused, 19.7.12, autorisation d'appel refusée.

Makarchuk v. Makarchuk, (Ont.), 34727, leave to appeal refused, 14.6.12, autorisation d'appel refusée.

Malobabic v. Quebec Bar Association, (Que.), 34673, leave to appeal refused with costs, 12.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Martin Grove Properties Ltd. v. The Queen, (Ont.), 34616, leave to appeal refused, 31.5.12, autorisation d'appel refusée.

McGowan v. Bank of Nova Scotia, (P.E.I.), 34664, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

McLean v. Executive Director of the British Columbia Securities Commission, (B.C.), 34593, leave to appeal granted, 28.6.12, autorisation d'appel accordée.

Mellor v. Workers' Compensation Board of Saskatchewan, (Sask.), 34766, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.

Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc., (F.C.), 34681, leave to appeal refused with costs, 14.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Merck Frosst Canada & Co. v. Apotex Inc., (F.C.), 34627, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Microcell Communications Inc. v. Frey, (Sask.), 34618, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Morrow v. County of Lanark, (Ont.), 34708, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Munger Pontiac Buick Inc. c. Syndicat démocratique des employés de garage Saguenay-Lac-Saint-Jean (CSD), (Qc), 34707, leave to appeal refused with costs, 14.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Murray v. Danielski, (N.B.), 34679, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Murray v. Royal Bank of Canada, (N.B.), 34642, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

N.P. v. Director of the Child, Youth and Family Enhancement Act, (Alta.), 34777, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Nearctic Nickel Mines Inc. v. Canadian Royalties Inc., (Que.), 34801, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

O'Brien v. The Queen, (N.S.) (Crim.), 34639, leave to appeal refused, 14.6.12, autorisation d'appel refusée.

Payette c. Guay inc., (Qc), 34662, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.5.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Peier v. Cressey Whistler Townhomes Limited Partnership, (B.C.), 34722, notice of discontinuance filed, 28.8.12, avis de désistement produit.

Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara v. Karaha Bodas Company, L.L.C., (Alta.), 34554, leave to appeal refused with costs, 17.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Proctor v. Attorney General of British Columbia, (B.C.), 34628, leave to appeal refused, 24.5.12, autorisation d'appel refusée.

R. v. Berish, (Que.) (Crim.), 34660, leave to appeal refused, 28.6.12, autorisation d'appel refusée.

R. v. MacIntosh, (N.S.) (Crim.), 34650, leave to appeal granted, 28.6.12, autorisation d'appel accordée.

R. v. Mastop, (B.C.) (Crim.), 34810, notice of discontinuance filed, 9.10.12, avis de désistement produit.

R. v. Teal Cedar Products Ltd., (B.C.), 34769, leave to appeal granted with costs in the cause, 26.7.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

R. v. W.H., (N.L.) (Crim.), 34522, leave to appeal granted, 24.5.12, autorisation d'appel accordée.

Regional Municipality of Halton v. Giuliani, (Ont.), 34680, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Residents and Ratepayers of Central Saanich Society v. Corporation of the District of Central Saanich, (B.C.), 34632, leave to appeal refused with costs, 12.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Robinson c. France Animation S.A., (Qc), 34469, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.5.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Rosenstein v. Kanavaros, (Que.), 34719, leave to appeal refused with costs, 21.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Rudge v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 34658, leave to appeal refused, 28.6.12, autorisation d'appel refusée.

Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corporation, (N.S.), 34678, leave to appeal granted with costs in the cause, 28.6.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Salter v. Hirst, (Ont.), 34536, leave to appeal refused, 19.7.12, autorisation d'appel refusée.

Samsung Electronics Co., Ltd. c. Option Consommateurs, (Qc), 34617, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.5.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Sawaged v. IPC (Investment Planning Counsel), (Ont.), 34684, leave to appeal refused with costs, 24.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Schenker du Canada limitée c. Groupe Intersand Canada inc., (Qc), 34740, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Schering Corporation v. Apotex Inc., (F.C.), 34600, leave to appeal refused with costs, 12.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Seck c. La Reine, (Qc) (Crim.), 34652, leave to appeal refused, 21.6.12, autorisation d'appel refusée.

Sinopec Shanghai Engineering Company Ltd. v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 34629, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.

Skibinski v. Community Living British Columbia, (B.C.), 34716, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

SNC-Lavalin Environnement Inc. v. Lafarge Canada inc., (Qc), 35004, notice of discontinuance filed, 30.10.12, avis de désistement produit.

Stewart v. Appeals Commission for the Alberta Workers' Compensation, (Alta.), 34709, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sumner v. PCL Constructors Inc., (Alta.), 34630, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

T.R.A. v. The Queen, (N.S.) (Crim.), 34636, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.

Tajdin v. Aga Khan, (F.C.), 34731, leave to appeal refused with costs, 28.6.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Teal Cedar Products Ltd. v. The Queen, (B.C.), 34773, leave to appeal refused with costs, 26.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tekavec v. Jack, (B.C.), 34604, leave to appeal refused with costs, 24.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

The Owners, Strata Plan BCS 1589 v. 459381 B.C. Ltd., (B.C.), 34739, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tibilla v. Attorney General of Canada, (F.C.), 34686, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.

Trace Foundation v. Chossudovsky, (Que.), 34656, leave to appeal refused with costs, 31.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tri-Caddi International Inc. v. Sunrise Tradex Corporation, (Que.), 34605, leave to appeal refused with costs, 24.5.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Twinn v. Poitras, (F.C.), 34760, leave to appeal refused with costs, 19.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Verreault Navigation inc. c. Agence du revenu du Québec, (Qc), 34742, leave to appeal refused with costs, 12.7.12, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Vu v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 34687, leave to appeal granted, 4.6.12, autorisation d'appel accordée.

Warawa v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 34661, leave to appeal refused, 12.7.12, autorisation d'appel refusée.

Weinberg c. Robinson, (Qc), 34467, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.5.12, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Wood v. Schaeffer, (Ont.), 34621, leave to appeal and cross-appeal granted, 28.6.12, autorisations d'appel et d'appel incident accordées.

Youvarajah v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 34732, leave to appeal granted, 7.6.12, autorisation d'appel accordée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

PAGE

A

A.B. v. Bragg Communications Inc. 567
Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) 345
Annapolis County District School Board v. Marshall 84

B

Bell Canada, Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. 326
Bellusci, R. v. 509
Bragg Communications Inc., A.B. v. 567

C

Canada v. Craig 489
Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society 524
Canada (Public Works and Government Services), Halifax (Regional Municipality) v. 108
Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright), Alberta (Education) v. 345
Cinar Corporation v. Robinson 55
Clements v. Clements 181
Craig, Canada v. 489

D

D.C., R. v. 626
Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, Canada (Attorney General) v. 524

PAGE

E

Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada 231

G

Gibbons, R. v. 92

H

Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services) 108

K

Knott, R. v. 470

M

Mabior, R. v. 584
Marshall, Annapolis County District School Board v. 84
Maybin, R. v. 30
Mayuran, R. v. 162
Motion Picture Theatre Associations of Canada, Re:Sound v. 376

P

Prokofiew, R. v. 639
Punko, R. v. 396

PAGE

Q

Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail), Tessier Ltée v. 3

R

R. v. Bellusci 509
R. v. D.C. 626
R. v. Gibbons 92
R. v. Knott 470
R. v. Mabior 584
R. v. Maybin 30
R. v. Mayuran 162
R. v. Prokofiew 639
R. v. Punko 396
R. v. Rochon 673
R. v. Roy 60
R. v. Venneri 211
R. v. Vu 411
R. v. Walle 438
Re:Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada 376
Robinson, Cinar Corporation v. 55
Rochon, R. v. 673
Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada 283
Rossy, Westmount (City) v. 136
Roy, R. v. 60

PAGE

S

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada 326
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, Entertainment Software Association v. 231
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, Rogers Communications Inc. v. 283
Southcott Estates Inc. v. Toronto Catholic District School Board 675

T

Tessier Ltée v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) 3
Toronto Catholic District School Board, Southcott Estates Inc. v. 675

V

Venneri, R. v. 211
Vu, R. v. 411

W

Walle, R. v. 438
Westmount (City) v. Rossy 136

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertorié » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

PAGE

A

A.B. c. Bragg Communications Inc. 567
Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) 345
Annapolis County District School Board c. Marshall 84

B

Bell Canada, Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. 326
Bellusci, R. c. 509
Bragg Communications Inc., A.B. c. 567

C

Canada c. Craig 489
Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society 524
Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux), Halifax (Regional Municipality) c. 108
Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright), Alberta (Éducation) c. 345
Cinar Corporation c. Robinson 55
Clements c. Clements 181
Craig, Canada c. 489

D

D.C., R. c. 626
Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, Canada (Procureur général) c. 524

PAGE

E

Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique 231

F

Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada, Ré:Sonne c. 376

G

Gibbons, R. c. 92

H

Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux) 108

K

Knott, R. c. 470

M

Mabior, R. c. 584
Marshall, Annapolis County District School Board c. 84
Maybin, R. c. 30
Mayuran, R. c. 162

PAGE

P

Prokofiew, R. c. 639
Punko, R. c. 396

Q

Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail), Tessier Ltée c. 3

R

R. c. Bellusci 509
R. c. D.C. 626
R. c. Gibbons 92
R. c. Knott 470
R. c. Mabior 584
R. c. Maybin 30
R. c. Mayuran 162
R. c. Prokofiew 639
R. c. Punko 396
R. c. Rochon 673
R. c. Roy 60
R. c. Venneri 211
R. c. Vu 411
R. c. Walle 438
Ré:Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada 376
Robinson, Cinar Corporation c. 55
Rochon, R. c. 673
Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique 283
Rossy, Westmount (Ville) c. 136
Roy, R. c. 60

PAGE

S

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada 326
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, Entertainment Software Association c. 231
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, Rogers Communications Inc. c. 283
Southcott Estates Inc. c. Toronto Catholic District School Board 675

T

Tessier Ltée c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) 3
Toronto Catholic District School Board, Southcott Estates Inc. c. 675

V

Venneri, R. c. 211
Vu, R. c. 411

W

Walle, R. c. 438
Westmount (Ville) c. Rossy 136

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE

A

Actton Transport Ltd. v. British Columbia (Director of Employment Standards)	2010 BCCA 272, 5 B.C.L.R. (5th) 1	24
Adderley v. Dixon	(1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239	691
Agence Maritime Inc. v. Conseil canadien des relations ouvrières	[1969] S.C.R. 851	12
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association	2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654	295, 314
Alticor Inc. v. Nutravite Pharmaceuticals Inc.	2005 FCA 269, 339 N.R. 56	318
American Automobile Insurance Co. v. Dickson	[1943] S.C.R. 143	74
Amos v. Insurance Corp. of British Columbia	[1995] 3 S.C.R. 405	141
Andros Springs v. World Beauty	[1970] P. 144	702
Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place	[1978] 2 S.C.R. 385	705
Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.	[1987] 1 F.C. 173	252, 306
Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)	2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248	603
Asamera Oil Corp. v. Seal Oil & General Corp.	[1979] 1 S.C.R. 633	685, 701
Ash v. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.	[1936] 2 All E.R. 1496	251
Athey v. Leonati	[1996] 3 S.C.R. 458	188
Attorney-General for Ontario v. Winner	[1954] A.C. 541	25
Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre	[1982] 1 S.C.R. 175	575
Avon v. The Queen	[1971] S.C.R. 650	658

B

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	133
Baker v. Carr	369 U.S. 186 (1962)	543
Barker v. Corus UK Ltd.	[2006] UKHL 20, [2006] 2 A.C. 572	196
Bédard v. Royer	[2003] R.J.Q. 2455	145
Bedford v. Canada (Attorney General)	2010 ONSC 4264, 327 D.L.R. (4th) 52	536
Bell v. Ontario Human Rights Commission	[1971] S.C.R. 756	324
Bell v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 471	431
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 S.C.R. 749	8
Bell Canada v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada	2010 FCA 220, 409 N.R. 102	258
Bennett v. Minister of Community Welfare	(1992), 176 C.L.R. 408	188
Betts v. Whittingslowe	(1945), 71 C.L.R. 637	188
Bishop v. Stevens	[1990] 2 S.C.R. 467	242, 253, 332
Boggs v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 49	596
Bolduc v. The Queen	[1967] S.C.R. 677	601
British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.	2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74	686
British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.	2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86	13

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.	[1912] A.C. 673	685, 701
Byrne v. Hodgins	(1972), 30 D.L.R. (3d) 128	90

C

C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)	2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539	134
Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.	510 U.S. 569 (1994)	337
Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.	2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610	369
Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)	[1989] 2 S.C.R. 49	543
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471	295, 318, 373
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339	315
Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.	[1983] 1 S.C.R. 147	19
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass	[1997] 3 S.C.R. 391	515
Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada	2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601	504
Canadian Admiral Corp. v. Rediffusion, Inc.	[1954] Ex. C.R. 382	246, 270, 305
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19	576
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)	[1995] 1 S.C.R. 157	321
Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen	2011 SCC 3, [2011] 1 S.C.R. 65	576
Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1992] 1 S.C.R. 236	531
Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 122	580
Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada	2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539	246, 262, 303
Canderel Ltd. v. Canada	[1998] 1 S.C.R. 147	506
Cartoon Network v. CSC Holdings, Inc.	536 F.3d 121 (2008)	310
CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada	2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213	360, 366
CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada	2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339	261, 292, 332, 356, 366
Century 21 Canada Limited Partnership v. Rogers Communications Inc.	2011 BCSC 1196, 338 D.L.R. (4th) 32	337
Chamberlain Group Inc. v. Lynx Industries Inc.	2010 FC 1287, 379 F.T.R. 270	318
Chaoulli v. Quebec (Attorney General)	2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791	537
Citadel General Assurance Co. v. Vytlingam	2007 SCC 46 [2007] 3 S.C.R. 373	141
Click v. The State	3 Tex. 282 (1848)	423
Colpitts v. The Queen	[1965] S.C.R. 739	174
Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada	[1966] S.C.R. 767	10
Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)	2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132	133
Compagnie d'assurance Victoria du Canada v. Neveu	[1989] R.R.A. 226	147
Compo Co. v. Blue Crest Music Inc.	[1980] 1 S.C.R. 357	253, 310, 337
Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.	[1968] S.C.R. 676	245, 266, 305
Conolly v. Parsons	(1797), 3 Ves. 625n	613

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters	2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407	16
Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission	[1979] 1 S.C.R. 754	12
Consumers' Gas Co. v. National Energy Board	(1996), 195 N.R. 150	24
Cook v. Lewis	[1951] S.C.R. 830	191
Copyright Licensing Ltd. v. University of Auckland	[2002] 3 N.Z.L.R. 76	359
Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.	2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650	322
D		
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	575
Danson v. Ontario (Attorney General)	[1990] 2 S.C.R. 1086	554
Darbishire v. Warran	[1963] 1 W.L.R. 1067	702
Davis v. R.	[2006] NSWCCA 392 (AustLII)	423
Doe v. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints in Canada	2003 ABQB 794, 341 A.R. 395	578
Doré v. Barreau du Québec	2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395	298, 319
Dunkirk Colliery Co. v. Lever	(1878), 9 Ch. D. 20	702
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	128, 295, 314, 374
E		
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 1326	575
Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada	2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231	292, 320
Evans v. Teamsters Local Union No. 31	2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661	686
F		
F.N. (Re)	2000 SCC 35, [2000] 1 S.C.R. 880	581
Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.	[2002] UKHL 22, [2002] 3 All E.R. 305	196
Falkener v. R.	2007 TCC 514, [2008] 2 C.T.C. 2231	499
Finlay v. Canada (Minister of Finance)	[1986] 2 S.C.R. 607	531
Flounders v. Millar	[2007] NSWCA 238, 49 M.V.R. 53	188
G		
Gander International Airport Authority Inc. v. Gander (Town)	2011 NLCA 65, 313 Nfld. & P.E.I.R. 125	133
General Securities Ltd. v. Don Ingram Ltd.	[1940] S.C.R. 670	702
General Teamsters, Local Union No. 362 v. MacCosham Van Lines Ltd.	[1979] 1 C.L.R.B.R. 498	25
Gunn v. Canada	2006 FCA 281, [2007] 3 F.C.R. 57	494
H		
Hadley v. The Queen	[1985] 1 C.T.C. 62	496
Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)	2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364	324

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union	[1997] 1 S.C.R. 1092	500
Hegarty v. Shine	(1878), 14 Cox C.C. 124	598
Housen v. Nikolaisen	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235	296, 320, 694, 703
Hover v. M.N.R.	[1993] 1 C.T.C. 2585	496
Hubbard v. Vosper	[1972] 1 All E.R. 1023	339, 365, 366
Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 675	542

I

International Brotherhood of Electrical Workers, Local 348 v. Labour Relations Board	(1995), 168 A.R. 204	25
ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.	[1986] 1 S.C.R. 752	14

J

Janiak v. Ippolito	[1985] 1 S.C.R. 146	702
Jardine v. Northern Co-operative Timber and Mill Association	[1945] 1 W.W.R. 533	91
Johnson v. The Queen	2009 TCC 383, 2009 D.T.C. 1245	499
Johnston Terminals and Storage Ltd. v. Vancouver Harbour Employees' Association Local 517	[1981] 2 F.C. 686	24

K

Kienapple v. The Queen	[1975] 1 S.C.R. 729	420
Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.	[1987] 1 S.C.R. 2	688

L

Lagden v. O'Connor	[2003] UKHL 64, [2004] 1 All E.R. 277	702
Lake v. Canada (Minister of Justice)	2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761	127
Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. v. Tissus Ranchar Inc.	September 6, 1990, No. 21373	55
Law Society of New Brunswick v. Ryan	2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247	321
Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers	[1975] 1 S.C.R. 178	12
Lewis v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 821	174
Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia	[1959] S.C.R. 497	596
Loyens v. R.	2008 TCC 486, [2009] 1 C.T.C. 2547	499
Lumbermens Mutual Casualty Co. v. Herbison	2007 SCC 47, [2007] 3 S.C.R. 393	141

M

MacDonald v. Goertz	2009 BCCA 358, 275 B.C.A.C. 68	189
Mann v. The Queen	[1966] S.C.R. 238	74
Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.	2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772	322
McConnell v. The Queen	[1968] S.C.R. 802	658

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
McMillan v. Thompson (Rural Municipality)	(1997), 144 D.L.R. (4th) 53	152
Midgett v. State	139 A.2d 209 (1958)	423
Miller v. Canada (Attorney General)	2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149	499
Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville	[1982] 2 S.C.R. 518	500
Minister of Justice of Canada v. Borowski	[1981] 2 S.C.R. 575	539
Moldowan v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 480	493
Molson Breweries v. John Labatt Ltd.	[2000] 3 F.C. 145	318
Montréal (City) v. Montreal Port Authority	2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427	125
Mooney v. British Columbia (Attorney General)	2004 BCCA 402, 202 B.C.A.C. 74	190
Morrissey v. Canada	[1989] 2 F.C. 418	496

N

National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)	[1990] 2 S.C.R. 1324	394
Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)	2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708	128, 321
NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union	2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696	9
Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada	[1983] 1 S.C.R. 733	20
Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada	[1980] 1 S.C.R. 115	19
Notre-Dame-de-l'Île-Perrot (Paroisse de) v. Société générale des industries culturelles	[2000] R.J.Q. 345	133
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil	[1976] 2 S.C.R. 265	546

O

O'Grady v. Sparling	[1960] S.C.R. 804	74
Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier	[1985] 2 S.C.R. 16	133
Odhavji Estate v. Woodhouse	2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263	565
Ontario v. Canadian Pacific Ltd.	[1995] 2 S.C.R. 1031	248
Ontario (Attorney General) v. Dieleman	(1994), 20 O.R. (3d) 229	95
Ontario (Attorney General) v. Fraser	2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3	500
Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)	[1993] 3 S.C.R. 327	10
Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association	2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815	133
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	547
Ordon Estate v. Grail	[1998] 3 S.C.R. 437	14

P

Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759	465
Papadimitropoulos v. The Queen	(1957), 98 C.L.R. 249	601
People v. Adams	205 N.W.2d 415 (1973)	423
Periard v. Ville de Sept-Iles	[1985] I.L.R. 7557	146
Petijevich v. Law	[1969] S.C.R. 257	91
Phonographic Performance Co. of Australia Ltd. v. Federation of Australian Commercial Television Stations	[1998] HCA 39, 195 C.L.R. 158	392

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Poirier (in bankruptcy) v. Minister of National Revenue	(1986), 2 F.T.R. 11	496
Productions Pram inc. v. Lemay	[1992] R.J.Q. 1738	141
Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada	[1931] A.C. 310	596

Q

Québec (Communauté urbaine) v. Fondation Bagatelle Inc.	2001 CanLII 15060	133
Québec (Procureur général) v. Villeneuve	[1996] R.J.Q. 2199	144
Queensland v. Commonwealth	(1977), 139 C.L.R. 585	500

R

R. v. Amaralik	(1984), 16 C.C.C. (3d) 22	484
R. v. Amyotte	2005 BCCA 12, 192 C.C.C. (3d) 412	478
R. v. Assoun	2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96	658
R. v. Atkins	2010 ONCJ 262 (CanLII)	220
R. v. B.	[2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567	606
R. v. B. (K.G.)	[1993] 1 S.C.R. 740	500
R. v. Bailey	[1986] O.J. No. 2795 (QL)	561
R. v. Battista	2011 ONSC 4771, No. 08-G30391, August 9, 2011	220
R. v. Bavington	[1987] O.J. No. 2728 (QL)	561
R. v. Bear	(1986), 47 Alta. L.R. (2d) 255	561
R. v. Beatty	2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49	63, 596
R. v. Bennett	(1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925	598
R. v. Bernard	[1988] 2 S.C.R. 833	501
R. v. Bevan	[1993] 2 S.C.R. 599	670
R. v. Biladeau	(2008), 93 O.R. (3d) 365	658
R. v. Biniaris	2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381	217
R. v. Bjelland	2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651	515
R. v. Blais	2008 BCCA 389, 301 D.L.R. (4th) 464	561
R. v. Blenkhorn-Sayers Structural Steel Corp.	2008 ONCA 789, 304 D.L.R. (4th) 498	25
R. v. Boston	[1988] B.C.J. No. 1185 (QL)	561
R. v. Briscoe	2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411	433
R. v. Brooks	(1998), 41 O.R. (3d) 661	670
R. v. Chaulk	[1990] 3 S.C.R. 1303	500
R. v. Cheeseman	Sask. Prov. Ct., June 19, 1986	561
R. v. Cinous	2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3	169, 406
R. v. Clement	[1981] 2 S.C.R. 468	95, 102
R. v. Crawford	[1995] 1 S.C.R. 858	657
R. v. Creamer	2001 ABPC 184, 297 A.R. 151	97
R. v. Creighton	[1993] 3 S.C.R. 3	45
R. v. Cribbin	(1994), 89 C.C.C. (3d) 67	45
R. v. Cuerrier	[1998] 2 S.C.R. 371	589, 630
R. v. Cunningham	(1986), 31 C.C.C. (3d) 223	561
R. v. Currie	(1982), 65 C.C.C. (2d) 415	479
R. v. D.B.	2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3	577

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. D.C.	2012 SCC 48, [2012] 2 S.C.R. 626	593
R. v. D.C.S.	2000 NSCA 61, 184 N.S.R. (2d) 299	81
R. v. D.H.	2002 BCPC 464 (CanLII)	580
R. v. Daley	2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523	459, 665
R. v. Dawson	(1995), 143 N.S.R. (2d) 1	97
R. v. Dee	(1884), 15 Cox C.C. 579	598
R. v. DiGiuseppe	(2002), 161 C.C.C. (3d) 424	561
R. v. Downey	[1992] 2 S.C.R. 10	561
R. v. Drecic	2011 ONCA 118, 276 O.A.C. 198	228
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	548
R. v. Ewanchuk	[1999] 1 S.C.R. 330	604
R. v. Find	2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863	612
R. v. Flattery	(1877), 13 Cox C.C. 388	597
R. v. Fleet	(1997), 120 C.C.C. (3d) 457	176
R. v. Gagne	[1988] O.J. No. 2518 (QL)	560
R. v. Gaudreault	(1995), 105 C.C.C. (3d) 270	99
R. v. Gill	(1994), 162 A.R. 163	484
R. v. Griffin	2009 SCC 28, [2009] 2 S.C.R. 42	176
R. v. Gunning	2005 SCC 27, [2005] 1 S.C.R. 627	175
R. v. H.J.P.	(1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 20	484
R. v. Hackett	(1986), 30 C.C.C. (3d) 159	484
R. v. Hallett	[1969] S.A.S.R. 141	43
R. v. Harms	(1943), 81 C.C.C. 4	601
R. v. Hendrix	(1999), 137 C.C.C. (3d) 445	479
R. v. Hennigar	(1983), 58 N.S.R. (2d) 110	484
R. v. Henry	2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609	432, 500, 660
R. v. Hijazi	(1974), 20 C.C.C. (2d) 183	434
R. v. Hill	[1986] 1 S.C.R. 313	171
R. v. Hinse	[1995] 4 S.C.R. 597	99, 520
R. v. Hughes	2011 BCCA 220, 305 B.C.A.C. 112	44
R. v. Hundal	[1993] 1 S.C.R. 867	67
R. v. J.A.T.	2010 BCSC 766 (CanLII)	617
R. v. J.M.H.	2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197	456
R. v. J.W.	2006 ABPC 216, 398 A.R. 374	519
R. v. Jackson	2011 ONCJ 228, 235 C.R.R. (2d) 289	518
R. v. Jacquard	[1997] 1 S.C.R. 314	178
R. v. Jahelka	(1987), 43 D.L.R. (4th) 111	560
R. v. Jaw	2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26	178
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128	520
R. v. Jolivet	2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751	669
R. v. Jones	2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL)	617
R. v. K. (K.)	2009 ONCA 254, 244 C.C.C. (3d) 124	479
R. v. Kazelman	[1987] O.J. No. 1931 (QL)	561
R. v. Kehler	2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328	670
R. v. Khan	2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823	80, 178
R. v. L. (D.O.)	[1993] 4 S.C.R. 419	577
R. v. Lee	(1991), 3 O.R. (3d) 726	602
R. v. Lindsay	(2004), 70 O.R. (3d) 131	228

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Lindsay	2005 CanLII 24240	224
R. v. Lucas	2009 NLCA 56, 293 Nfld. & P.E.I.R. 90	478
R. v. Mabior	2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584	628
R. v. MacKenzie	[1993] 1 S.C.R. 212	177
R. v. MacLean	2002 NSSC 283, 210 N.S.R. (2d) 150	97
R. v. MacNeil	2009 NSCA 46, 277 N.S.R. (2d) 22	81
R. v. Mahalingan	2008 SCC 63, [2008] 3 S.C.R. 316	398, 409
R. v. Maskell	2011 ABPC 176, 512 A.R. 372	518
R. v. Mathieu	2008 SCC 21, [2008] 1 S.C.R. 723	474
R. v. Maurantonio	[1968] 1 O.R. 145	602
R. v. McCraw	[1991] 3 S.C.R. 72	613
R. v. McKinnon	2008 BCCA 416, 237 C.C.C. (3d) 345	478
R. v. McLean	(1986), 2 B.C.L.R. (2d) 232	561
R. v. McPhee	(1993), 128 N.S.R. (2d) 79	484
R. v. Mentuck	2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442	575
R. v. Metcalfe	(1983), 10 C.C.C. (3d) 114	429
R. v. Middleton	2009 SCC 21, [2009] 1 S.C.R. 674	474
R. v. Miller	(1987), 36 C.C.C. (3d) 100	478
R. v. Mohmedi	2009 ONCJ 533, 72 C.R. (6th) 345	518
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345	177
R. v. Morin	[1992] 3 S.C.R. 286	456
R. v. Mulhall	[2001] O.J. No. 5237 (QL)	97
R. v. Murphy	(2001), 29 M.V.R. (4th) 50	519
R. v. Mwai	[1995] 3 N.Z.L.R. 149	606
R. v. Naglik	(1991), 3 O.R. (3d) 385	667
R. v. Nasogaluak	2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206	486
R. v. Nette	2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488	35
R. v. Noble	[1997] 1 S.C.R. 874	657
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	576
R. v. Oakley	(1977), 4 A.R. 103	428
R. v. Oliver	(2005), 194 O.A.C. 284	667
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595	169
R. v. Pagett	(1983), 76 Cr. App. R. 279	42
R. v. Pauls	2008 BCCA 322 (CanLII)	479
R. v. Pawlak	2005 BCCA 500, 217 B.C.A.C. 146	478
R. v. Petrozzi	(1987), 35 C.C.C. (3d) 528	602
R. v. Pickell	2007 CanLII 25672	478
R. v. Pollock	(2004), 188 O.A.C. 37	667
R. v. Potvin	[1989] 1 S.C.R. 525	661
R. v. Proulx	2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61	475
R. v. Provo	[1989] 2 S.C.R. 3	520
R. v. R.L.F.	2005 ABPC 28, 373 A.R. 114	519
R. v. R.(W.)	2010 ONCJ 526 (CanLII)	578
R. v. Regan	2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297	515
R. v. Reid	[1972] 2 All E.R. 1350	430
R. v. Renouf	2001 NFCA 56, 160 C.C.C. (3d) 173	479
R. v. Robinson	[1996] 1 S.C.R. 683	500
R. v. Rojas	2008 SCC 56, [2008] 3 S.C.R. 111	177
R. v. Roy	2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60	596
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654	500

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Sarrazin	2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505	669
R. v. Seymour	[1996] 2 S.C.R. 252	460
R. v. Sharifi	[2011] O.J. No. 3985 (QL)	220
R. v. Sharpe	2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45	577, 603
R. v. Sheppard	2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869	219
R. v. Shilon	(2006), 240 C.C.C. (3d) 401	41
R. v. Shoker	2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399	475
R. v. Shropshire	[1995] 4 S.C.R. 227	486
R. v. Sinclair	(1867), 13 Cox C.C. 28	598
R. v. Sinclair	2009 MBCA 71, 240 Man. R. (2d) 135	43
R. v. Skinner	[1990] 1 S.C.R. 1235	556
R. v. Smith	[1959] 2 Q.B. 35	42
R. v. Smith	(1988), 44 C.C.C. (3d) 385	560
R. v. Smith	2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385	521
R. v. Spannier	1996 CanLII 978	519
R. v. Speak	2005 CanLII 51121	220
R. v. Spence	2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458	612
R. v. Ssenyonga	(1993), 81 C.C.C. (3d) 257	602
R. v. Stagnitta	[1990] 1 S.C.R. 1226	560
R. v. Tanney	(1976), 31 C.C.C. (2d) 445	434
R. v. Terezakis	2007 BCCA 384, 223 C.C.C. (3d) 344	221
R. v. Thatcher	[1987] 1 S.C.R. 652	433
R. v. Thibert	[1996] 1 S.C.R. 37	170
R. v. Thomas	[1998] 3 S.C.R. 535	521
R. v. Thompson	[1995] B.C.J. No. 2819 (QL)	97
R. v. Tower	2008 NSCA 3, 261 N.S.R. (2d) 135	40
R. v. Tran	2010 SCC 58, [2010] 3 S.C.R. 350	169
R. v. Traves	(2000), 192 Sask. R. 128	97
R. v. Tremblay	(1997), 117 C.C.C. (3d) 86	428
R. v. Trochym	2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239	178
R. v. Van	2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716	178
R. v. Violette	2009 BCSC 1557 (CanLII)	399
R. v. Violette	2009 BCSC 1025, [2009] B.C.J. No. 1940 (QL)	399
R. v. Walcott	(2008), 57 C.R. (6th) 223	518
R. v. Weir	2004 BCCA 529 (CanLII)	479
R. v. White	(1996), 29 O.R. (3d) 577	174
R. v. Whynott	(1975), 12 N.S.R. (2d) 231	434
R. v. Wiscombe	2003 BCPC 418 (CanLII)	519
R. v. Yelle	2006 ABCA 276, 397 A.R. 287	521
R. v. Young	(1980), 27 C.R. (3d) 85	484
Red Deer College v. Michaels	[1976] 2 S.C.R. 324	686, 702
Redpath Industries Ltd. v. Cisco (The)	[1994] 2 F.C. 279	686
Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act	[1955] S.C.R. 529	9
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123	556
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act	[1949] S.C.R. 1	596
Reference re Waters and Water-Powers	[1929] S.C.R. 200	14
Resurfice Corp. v. Hanke	2007 SCC 7, [2007] 1 S.C.R. 333	190
Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council	2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650	320
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	389

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	576
Roads and Traffic Authority v. Royal	[2008] HCA 19, 245 A.L.R. 653	188
Robertson v. Thomson Corp.	2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363	239, 279, 306, 342
Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada	2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283	259, 331
Roper v. Johnson	(1873), L.R. 8 C.P. 167	702

S

Scharfe v. The Queen	2010 TCC 39, 2010 D.T.C. 1078	499
Semelhago v. Paramadevan	[1996] 2 S.C.R. 415	690, 708
Shell Canada Ltd. v. Canada	[1999] 3 S.C.R. 622	497
Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd.	[2011] UKSC 10, [2011] 2 All E.R. 857	196
Sillitoe v. McGraw-Hill Book Company (U.K.) Ltd.	[1983] F.S.R. 545	358
Skoke-Graham v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 106	596
Smith v. Alliance Pipeline Ltd.	2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160	295, 317
Smith v. Attorney General of Ontario	[1924] S.C.R. 331	541
Smith v. The State	63 Wis. 453 (1885)	423
Smithers v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 506	34
Snell v. Farrell	[1990] 2 S.C.R. 311	187
SOCAN Statement of Royalties, Internet — Other Uses of Music 1996-2006 (Tariffs 22.B-22.G)	(2008), 70 C.P.R. (4th) 81	257
SOCAN Statement of Royalties, Public Performance of Musical Works 1996, 1997, 1998 (Tariff 22, Internet) (Re)	(1999), 1 C.P.R. (4th) 417	256, 293
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada	2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326	357
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers	2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427	248, 256, 293, 314
Stackhouse v. R.	2007 TCC 146, [2007] 3 C.T.C. 2402	499
State v. Lankford	102 A. 63 (1917)	602
State v. Marcks	41 S.W. 973 (1897)	602
State v. Marcks	43 S.W. 1095 (1898)	602
Stewart v. Canada	2002 SCC 46, [2002] 2 S.C.R. 645	505
Succession André Dubois v. Ministère des Transports du Québec	Que. C.A., No. 500-09-001027-937, March 25, 1997	149

T

The Queen v. Clarence	(1888), 22 Q.B.D. 23	597
The Queen v. Graham	(1985), 85 D.T.C. 5256	496
The Queen v. Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299	596
Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.	2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336	240, 253, 307, 332
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)	[1998] 1 S.C.R. 877	576
Thorson v. Attorney General of Canada	[1975] 1 S.C.R. 138	543
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79	2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77	322
Toronto Electric Commissioners v. Snider	[1925] A.C. 396	9

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Toronto Star Newspaper Ltd. v. Ontario	2012 ONCJ 27 (CanLII)	577
Turbide v. The Queen	2011 TCC 371, 2011 D.T.C. 1347	499
Twining v. Morrice	(1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182	613

U

U.S. v. Garcia	854 F.2d 340 (1988)	423
United States v. American Society of Composers, Authors and Publishers	599 F.Supp.2d 415 (2009)	336
United States v. American Society of Composers, Authors and Publishers	627 F.3d 64 (2010), cert. denied (U.S.S.C., October 3, 2011, No. 10-1337)	273
United States v. Dumford	28 M.J. 836 (1989)	602
United States v. Johnson	27 M.J. 798 (1988)	602
United Transportation Union v. Central Western Railway Corp.	[1990] 3 S.C.R. 1112	11
University of London Press, Ltd. v. University Tutorial Press, Ltd.	[1916] 2 Ch. 601	358

V

Vancouver Sun (Re)	2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332	574
Vetrovec v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 811	669

W

Walker Estate v. York Finch General Hospital	2001 SCC 23, [2001] 1 S.C.R. 647	194
Walters v. Morgan	(1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056	613
Watt v. Minister of National Revenue	2001 FCA 72, 273 N.R. 201	496
Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)	[1998] 1 S.C.R. 322	22
Whitbread v. Walley	[1990] 3 S.C.R. 1273	14
Wilsher v. Essex Area Health Authority	[1988] 1 A.C. 1074	187

Z

Zanini v. The Queen	[1967] S.C.R. 715	218

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE

A

Actton Transport Ltd. c. British Columbia (Director of Employment Standards)	2010 BCCA 272, 5 B.C.L.R. (5th) 1	24
Adderley c. Dixon	(1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239	691
Agence Maritime Inc. c. Conseil canadien des relations ouvrières	[1969] R.C.S. 851	12
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association	2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654	295, 314
Alticor Inc. c. Nutravite Pharmaceuticals Inc.	2005 CAF 269 (CanLII)	318
American Automobile Insurance Co. c. Dickson	[1943] R.C.S. 143	74
Amos c. Insurance Corp. of British Columbia	[1995] 3 R.C.S. 405	141
Andros Springs c. World Beauty	[1970] P. 144	702
Apeco of Canada, Ltd. c. Windmill Place	[1978] 2 R.C.S. 385	705
Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.	[1987] 1 C.F. 173	252, 306
Asamera Oil Corp. c. Seal Oil & General Corp.	[1979] 1 R.C.S. 633	685, 701
Ash c. Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.	[1936] 2 All E.R. 1496	251
Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Societé canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique	2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539	246, 262, 303
Athey c. Leonati	[1996] 3 R.C.S. 458	188
Attorney-General for Ontario c. Winner	[1954] A.C. 541	25
Avon c. La Reine	[1971] R.C.S. 650	658

B

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	133
Baker c. Carr	369 U.S. 186 (1962)	543
Barker c. Corus UK Ltd.	[2006] UKHL 20, [2006] 2 A.C. 572	196
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan	2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247	321
Bédard c. Royer	[2003] R.J.Q. 2455	145
Bedford c. Canada (Attorney General)	2010 ONSC 4264, 327 D.L.R. (4th) 52	536
Bell c. La Reine	[1983] 2 R.C.S. 471	431
Bell c. Ontario Human Rights Commission	[1971] R.C.S. 756	324
Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 R.C.S. 749	8
Bennett c. Minister of Community Welfare	(1992), 176 C.L.R. 408	188
Betts c. Whittingslowe	(1945), 71 C.L.R. 637	188
Bishop c. Stevens	[1990] 2 R.C.S. 467	242, 253, 332
Boggs c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 49	596
Bolduc c. The Queen	[1967] R.C.S. 677	601
Brasseries Molson c. John Labatt Ltée	[2000] 3 C.F. 145	318
British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.	[1912] A.C. 673	685, 701

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Byrne c. Hodgins	(1972), 30 D.L.R. (3d) 128	90

C

Campbell c. Acuff-Rose Music, Inc.	510 U.S. 569 (1994)	337
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	315
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)	2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471	295, 318, 373
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass	[1997] 3 R.C.S. 391	515
Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.	2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610	369
Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)	[1989] 2 R.C.S. 49	543
Canadian Admiral Corp. c. Rediffusion, Inc.	[1954] R.C. de l'É. 382	246, 270, 305
Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 122	580
Canderel Ltée c. Canada	[1998] 1 R.C.S. 147	506
Cartoon Network c. CSC Holdings, Inc.	536 F.3d 121 (2008)	310
CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada	2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213	360, 366
CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada	2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339	261, 292, 332, 356, 366
Century 21 Canada Limited Partnership c. Rogers Communications Inc.	2011 BCSC 1196, 338 D.L.R. (4th) 32	337
Chamberlain Group, Inc. c. Lynx Industries Inc.	2010 CF 1287 (CanLII)	318
Chaoulli c. Québec (Procureur général)	2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791	537
Citadelle, Cie d'assurances générales c. Vytlingam	2007 CSC 46, [2007] 3 R.C.S. 373	141
Click c. The State	3 Tex. 282 (1848)	423
Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.	2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74	686
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.	2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86	13
Colpitts c. The Queen	[1965] R.C.S. 739	174
Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)	2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132	133
Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada	[1966] R.C.S. 767	10
Compagnie d'assurance Victoria du Canada c. Neveu	[1989] R.R.A. 226	147
Compo Co. c. Blue Crest Music Inc.	[1980] 1 R.C.S. 357	253, 310, 337
Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. c. CTV Television Network Ltd.	[1968] R.C.S. 676	245, 266, 305
Conolly c. Parsons	(1797), 3 Ves. 625n	613
Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1992] 1 R.C.S. 236	531
Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.	[1983] 1 R.C.S. 147	19
Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.	2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650	322
Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters	2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407	16
Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum	[1979] 1 R.C.S. 754	12
Consumers' Gas Co. c. Canada (Office national de l'énergie)	[1996] A.C.F. nº 320 (QL)	25
Cook c. Lewis	[1951] R.C.S. 830	191
Copyright Licensing Ltd. c. University of Auckland	[2002] 3 N.Z.L.R. 76	359

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE

D

Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	575
Danson c. Ontario (Procureur général)	[1990] 2 R.C.S. 1086	554
Darbishire c. Warran	[1963] 1 W.L.R. 1067	702
Davis c. R.	[2006] NSWCCA 392 (AustLII)	423
Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)	2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248	603
Doe c. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints in Canada	2003 ABQB 794, 341 A.R. 395	578
Doré c. Barreau du Québec	2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395	298, 319
Dunkirk Colliery Co. c. Lever	(1878), 9 Ch. D. 20	702
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	128, 295, 314, 374

E

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)	[1989] 2 R.C.S. 1326	575
Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique	2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231	292, 320
Evans c. Teamsters Local Union No. 31	2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661	686

F

F.N. (Re)	2000 CSC 35, [2000] 1 R.C.S. 880	581
Fairchild c. Glenhaven Funeral Services Ltd.	[2002] UKHL 22, [2002] 3 All E.R. 305	196
Falkener c. La Reine	2007 CCI 514 (CanLII)	499
Finlay c. Canada (Ministre des Finances)	[1986] 2 R.C.S. 607	531
Flounders c. Millar	[2007] NSWCA 238, 49 M.V.R. 53	188

G

Gander International Airport Authority Inc. c. Gander (Town)	2011 NLCA 65, 313 Nfld. & P.E.I.R. 125	133
General Securities Ltd. c. Don Ingram Ltd.	[1940] R.C.S. 670	702
General Teamsters, Local Union No. 362 c. MacCosham Van Lines Ltd.	[1979] 1 C.L.R.B.R. 498	25
Gunn c. Canada	2006 CAF 281, [2007] 3 R.C.F. 57	494

H

Hadley c. The Queen	[1985] 1 C.T.C. 62	496
Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)	2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364	324
Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union	[1997] 1 R.C.S. 1092	500
Hegarty c. Shine	(1878), 14 Cox C.C. 124	598
Housen c. Nikolaisen	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235	296, 320, 694, 703
Hover c. Canada (ministre du Revenu national – M.R.N.)	[1992] A.C.I. nº 735 (QL)	496
Hubbard c. Vosper	[1972] 1 All E.R. 1023	339, 365, 366
Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 675	542
Hypothèques Trustco Canada c. Canada	2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601	504

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE

I

International Brotherhood of Electrical Workers, Local 348 c. Labour Relations Board	(1995), 168 A.R. 204	25
ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.	[1986] 1 R.C.S. 752	14

J

Janiak c. Ippolito	[1985] 1 R.C.S. 146	702
Jardine c. Northern Co-operative Timber and Mill Association	[1945] 1 W.W.R. 533	91
Johnson c. La Reine	2009 CCI 383 (CanLII)	499
Johnston Terminals and Storage Ltd. c. Association des employés du port de Vancouver, section locale 517	[1981] 2 C.F. 686	24

K

Kienapple c. La Reine	[1975] 1 R.C.S. 729	420
Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.	[1987] 1 R.C.S. 2	688

L

La Reine c. Sault Ste-Marie	[1978] 2 R.C.S. 1299	596
Lagden c. O'Connor	[2003] UKHL 64, [2004] 1 All E.R. 277	702
Lake c. Canada (Ministre de la Justice)	2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761	127
Lanificio Fratelli Bettazzi S.N.C. c. Tissus Ranchar Inc.	6 septembre 1990, nº 21373	55
Lewis c. La Reine	[1979] 2 R.C.S. 821	174
Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia	[1959] R.C.S. 497	596
Loyens c. La Reine	2008 CCI 486 (CanLII)	499
Lumbermens Mutual Casualty Co. c. Herbison	2007 CSC 47, [2007] 3 R.C.S. 393	141

M

MacDonald c. Goertz	2009 BCCA 358, 275 B.C.A.C. 68	189
Mann c. La Reine	[1966] R.C.S. 238	74
Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.	2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772	322
McConnell c. The Queen	[1968] R.C.S. 802	658
McMillan c. Thompson (Rural Municipality)	(1997), 144 D.L.R. (4th) 53	152
Midgett c. State	139 A.2d 209 (1958)	423
Miller c. Canada (Procureur général)	2002 CAF 370 (CanLII)	499
Ministre de la Justice du Canada c. Borowski	[1981] 2 R.C.S. 575	539
Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville	[1982] 2 R.C.S. 518	500
Moldowan c. La Reine	[1978] 1 R.C.S. 480	493
Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal	2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427	125
Mooney c. British Columbia (Attorney General)	2004 BCCA 402, 202 B.C.A.C. 74	190
Morrissey c. Canada	[1989] 2 C.F. 418	496

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE

N

National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)	[1990] 2 R.C.S. 1324	394
Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)	2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708	128, 321
NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union	2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696	9
Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada	[1983] 1 R.C.S. 733	20
Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada	[1980] 1 R.C.S. 115	19
Notre-Dame-de-l'Île-Perrot (Paroisse de) c. Société générale des industries culturelles	[2000] R.J.Q. 345	133
Nova Scotia Board of Censors c. McNeil	[1976] 2 R.C.S. 265	546

O

O'Grady c. Sparling	[1960] R.C.S. 804	74
Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier	[1985] 2 R.C.S. 164	133
Ontario c. Canadien Pacifique Ltée	[1995] 2 R.C.S. 1031	248
Ontario (Attorney General) c. Dieleman	(1994), 20 O.R. (3d) 229	95
Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)	[1993] 3 R.C.S. 327	10
Ontario (Procureur général) c. Fraser	2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3	500
Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association	2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815	133
Operation Dismantle Inc. c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 441	547

P

Palmer c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 759	465
Papadimitropoulos c. The Queen	(1957), 98 C.L.R. 249	601
People c. Adams	205 N.W.2d 415 (1973)	423
Périard c. Sept-Îles (Ville de)	[1985] J.Q. n° 538 (QL)	146
Petijevich c. Law	[1969] R.C.S. 257	91
Phonographic Performance Co. of Australia Ltd. c. Federation of Australian Commercial Television Stations	[1998] HCA 39, 195 C.L.R. 158	392
Poirier (in bankruptcy) c. Minister of National Revenue	(1986), 2 F.T.R. 11	496
Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre	[1982] 1 R.C.S. 175	575
Productions Pram inc. c. Lemay	[1992] R.J.Q. 1738	141
Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada	[1931] A.C. 310	596

Q

Québec (Communauté urbaine) c. Fondation Bagatelle Inc.	2001 CanLII 15060	133
Québec (Procureur général) c. Villeneuve	[1996] R.J.Q. 2199	145
Queensland c. Commonwealth	(1977), 139 C.L.R. 585	500

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE

R

R. c. Amaralik	(1984), 16 C.C.C. (3d) 22	484
R. c. Amyotte	2005 BCCA 12, 192 C.C.C. (3d) 412	478
R. c. Assoun	2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96	658
R. c. Atkins	2010 ONCJ 262 (CanLII)	220
R. c. B.	[2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567	606
R. c. B. (K.G.)	[1993] 1 R.C.S. 740	500
R. c. Bailey	[1986] O.J. No. 2795 (QL)	561
R. c. Battista	2011 ONSC 4771, nº 08-G30391, 9 août 2011	221
R. c. Bavington	[1987] O.J. No. 2728 (QL)	561
R. c. Bear	(1986), 47 Alta. L.R. (2d) 255	561
R. c. Beatty	2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49	63, 596
R. c. Bennett	(1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925	598
R. c. Bernard	[1988] 2 R.C.S. 833	501
R. c. Bevan	[1993] 2 R.C.S. 599	670
R. c. Biladeau	(2008), 93 O.R. (3d) 365	658
R. c. Biniaris	2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381	217
R. c. Bjelland	2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651	515
R. c. Blais	2008 BCCA 389, 301 D.L.R. (4th) 464	561
R. c. Blenkhorn-Sayers Structural Steel Corp.	2008 ONCA 789, 304 D.L.R. (4th) 498	25
R. c. Boston	[1988] B.C.J. No. 1185 (QL)	561
R. c. Briscoe	2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411	433
R. c. Brooks	(1998), 41 O.R. (3d) 661	670
R. c. Chaulk	[1990] 3 R.C.S. 1303	500
R. c. Cheeseman	C. prov. Sask., 19 juin 1986	561
R. c. Cinous	2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3	169, 406
R. c. Clement	[1981] 2 R.C.S. 468	95, 102
R. c. Crawford	[1995] 1 R.C.S. 858	657
R. c. Creamer	2001 ABPC 184, 297 A.R. 151	97
R. c. Creighton	[1993] 3 R.C.S. 3	45
R. c. Cribbin	(1994), 89 C.C.C. (3d) 67	45
R. c. Cuerrier	[1998] 2 R.C.S. 371	589. 630
R. c. Cunningham	(1986), 31 C.C.C. (3d) 223	561
R. c. Currie	(1982), 65 C.C.C. (2d) 415	479
R. c. D.B.	2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3	577
R. c. D.C.	2012 CSC 48, [2012] 2 R.C.S. 626	593
R. c. D.C.S.	2000 NSCA 61, 184 N.S.R. (2d) 299	81
R. c. D.H.	2002 BCPC 464 (CanLII)	580
R. c. Daley	2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523	459, 665
R. c. Dawson	(1995), 143 N.S.R. (2d) 1	97
R. c. Dee	(1884), 15 Cox C.C. 579	598
R. c. DiGiuseppe	(2002), 161 C.C.C. (3d) 424	561
R. c. Downey	[1992] 2 R.C.S. 10	561
R. c. Drecic	2011 ONCA 118, 276 O.A.C. 198	228
R. c. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 713	548
R. c. Ewanchuk	[1999] 1 R.C.S. 330	604
R. c. Find	2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863	612

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Flattery	(1877), 13 Cox C.C. 388	597
R. c. Fleet	(1997), 120 C.C.C. (3d) 457	176
R. c. Gagne	[1988] O.J. No. 2518 (QL)	561
R. c. Gaudreault	(1995), 105 C.C.C. (3d) 270	99
R. c. Gill	(1994), 162 A.R. 163	484
R. c. Griffin	2009 CSC 28, [2009] 2 R.C.S. 42	176
R. c. Gunning	2005 CSC 27, [2005] 1 R.C.S. 627	175
R. c. H.J.P.	(1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 20	484
R. c. Hackett	(1986), 30 C.C.C. (3d) 159	484
R. c. Hallett	[1969] S.A.S.R. 141	43
R. c. Harms	(1943), 81 C.C.C. 4	601
R. c. Hendrix	(1999), 137 C.C.C. (3d) 445	479
R. c. Hennigar	(1983), 58 N.S.R. (2d) 110	484
R. c. Henry	2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609	432, 500, 660
R. c. Hijazi	(1974), 20 C.C.C. (2d) 183	434
R. c. Hill	[1986] 1 R.C.S. 313	171
R. c. Hinse	[1995] 4 R.C.S. 597	99, 520
R. c. Hughes	2011 BCCA 220, 305 B.C.A.C. 112	45
R. c. Hundal	[1993] 1 R.C.S. 867	67
R. c. J.A.T.	2010 BCSC 766 (CanLII)	617
R. c. J.M.H.	2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197	456
R. c. J.W.	2006 ABPC 216, 398 A.R. 374	519
R. c. Jackson	2011 ONCJ 228, 235 C.R.R. (2d) 289	518
R. c. Jacquard	[1997] 1 R.C.S. 314	178
R. c. Jahelka	(1987), 43 D.L.R. (4th) 111	561
R. c. Jaw	2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26	178
R. c. Jewitt	[1985] 2 R.C.S. 128	520
R. c. Jolivet	2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751	669
R. c. Jones	2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL)	617
R. c. K. (K.)	2009 ONCA 254, 244 C.C.C. (3d) 124	479
R. c. Kazelman	[1987] O.J. No. 1931 (QL)	561
R. c. Kehler	2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328	670
R. c. Khan	2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823	80, 178
R. c. L. (D.O.)	[1993] 4 R.C.S. 419	577
R. c. Lee	(1991), 3 O.R. (3d) 726	602
R. c. Lindsay	(2004), 70 O.R. (3d) 131	228
R. c. Lindsay	2005 CanLII 24240	224
R. c. Lucas	2009 NLCA 56, 293 Nfld. & P.E.I.R. 90	478
R. c. Mabior	2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584	628
R. c. MacKenzie	[1993] 1 R.C.S. 212	177
R. c. MacLean	2002 NSSC 283, 210 N.S.R. (2d) 150	97
R. c. MacNeil	2009 NSCA 46, 277 N.S.R. (2d) 22	81
R. c. Mahalingan	2008 CSC 63, [2008] 3 R.C.S. 316	398, 409
R. c. Maskell	2011 ABPC 176, 512 A.R. 372	518
R. c. Mathieu	2008 CSC 21, [2008] 1 R.C.S. 723	474
R. c. Maurantonio	[1968] 1 O.R. 145	602
R. c. McCraw	[1991] 3 R.C.S. 72	613
R. c. McKinnon	2008 BCCA 416, 237 C.C.C. (3d) 345	478

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. McLean	(1986), 2 B.C.L.R. (2d) 232	561
R. c. McPhee	(1993), 128 N.S.R. (2d) 79	484
R. c. Mentuck	2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442	575
R. c. Metcalfe	(1983), 10 C.C.C. (3d) 114	429
R. c. Middleton	2009 CSC 21, [2009] 1 R.C.S. 674	474
R. c. Miller	(1987), 36 C.C.C. (3d) 100	478
R. c. Mohmedi	2009 ONCJ 533, 72 C.R. (6th) 345	519
R. c. Morin	[1988] 2 R.C.S. 345	177
R. c. Morin	[1992] 3 R.C.S. 286	456
R. c. Mulhall	[2001] O.J. No. 5237 (QL)	97
R. c. Murphy	(2001), 29 M.V.R. (4th) 50	519
R. c. Mwai	[1995] 3 N.Z.L.R. 149	606
R. c. Naglik	(1991), 3 O.R. (3d) 385	667
R. c. Nasogaluak	2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206	486
R. c. Nette	2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488	35
R. c. Noble	[1997] 1 R.C.S. 874	657
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	576
R. c. Oakley	(1977), 4 A.R. 103	428
R. c. Oliver	(2005), 194 O.A.C. 284	667
R. c. Osolin	[1993] 4 R.C.S. 595	169
R. c. Pagett	(1983), 76 Cr. App. R. 279	42
R. c. Pauls	2008 BCCA 322 (CanLII)	479
R. c. Pawlak	2005 BCCA 500, 217 B.C.A.C. 146	478
R. c. Petrozzi	(1987), 35 C.C.C. (3d) 528	602
R. c. Pickell	2007 CanLII 25672	478
R. c. Pollock	(2004), 188 O.A.C. 37	667
R. c. Potvin	[1989] 1 R.C.S. 525	661
R. c. Proulx	2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61	475
R. c. Provo	[1989] 2 R.C.S. 3	520
R. c. R.L.F.	2005 ABPC 28, 373 A.R. 114	519
R. c. R.(W.)	2010 ONCJ 526 (CanLII)	578
R. c. Regan	2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297	515
R. c. Reid	[1972] 2 All E.R. 1350	430
R. c. Renouf	2001 NFCA 56, 160 C.C.C. (3d) 173	479
R. c. Robinson	[1996] 1 R.C.S. 683	500
R. c. Rojas	2008 CSC 56, [2008] 3 R.C.S. 111	177
R. c. Roy	2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60	596
R. c. Salituro	[1991] 3 R.C.S. 654	500
R. c. Sarrazin	2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505	669
R. c. Seymour	[1996] 2 R.C.S. 252	460
R. c. Sharifi	[2011] O.J. No. 3985 (QL)	220
R. c. Sharpe	2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45	577, 603
R. c. Sheppard	2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869	219
R. c. Shilon	(2006), 240 C.C.C. (3d) 401	41
R. c. Shoker	2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399	475
R. c. Shropshire	[1995] 4 R.C.S. 227	486
R. c. Sinclair	(1867), 13 Cox C.C. 28	598
R. c. Sinclair	2009 MBCA 71, 240 Man. R. (2d) 135	43
R. c. Skinner	[1990] 1 R.C.S. 1235	556

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Smith	[1959] 2 Q.B. 35	42
R. c. Smith	(1988), 44 C.C.C. (3d) 385	560
R. c. Smith	2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385	521
R. c. Spannier	1996 CanLII 978	519
R. c. Speak	2005 CanLII 51121	220
R. c. Spence	2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458	612
R. c. Ssenyonga	(1993), 81 C.C.C. (3d) 257	602
R. c. Stagnitta	[1990] 1 R.C.S. 1226	560
R. c. Tanney	(1976), 31 C.C.C. (2d) 445	434
R. c. Terezakis	2007 BCCA 384, 223 C.C.C. (3d) 344	221
R. c. Thatcher	[1987] 1 R.C.S. 652	433
R. c. Thibert	[1996] 1 R.C.S. 37	170
R. c. Thomas	[1998] 3 R.C.S. 535	521
R. c. Thompson	[1995] B.C.J. No. 2819 (QL)	97
R. c. Tower	2008 NSCA 3, 261 N.S.R. (2d) 135	40
R. c. Tran	2010 CSC 58, [2010] 3 R.C.S. 350	169
R. c. Traves	(2000), 192 Sask. R. 128	97
R. c. Tremblay	1997 CanLII 10526	428
R. c. Trochym	2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239	178
R. c. Van	2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716	178
R. c. Violette	2009 BCSC 1557 (CanLII)	399
R. c. Violette	2009 BCSC 1025, [2009] B.C.J. No. 1940 (QL)	399
R. c. Walcott	(2008), 57 C.R. (6th) 223	518
R. c. Weir	2004 BCCA 529 (CanLII)	479
R. c. White	(1996), 29 O.R. (3d) 577	174
R. c. Whynott	(1975), 12 N.S.R. (2d) 231	434
R. c. Wiscombe	2003 BCPC 418 (CanLII)	519
R. c. Yelle	2006 ABCA 276, 397 A.R. 287	521
R. c. Young	(1980), 27 C.R. (3d) 85	484
Red Deer College c. Michaels	[1976] 2 R.C.S. 324	686, 702
Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le)	[1994] 2 C.F. 279	686
Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act	[1955] R.C.S. 529	9
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act	[1949] R.C.S. 1	596
Reference re Waters and Water-Powers	[1929] R.C.S. 200	14
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)	[1990] 1 R.C.S. 1123	556
Resurface Corp. c. Hanke	2007 CSC 7, [2007] 1 R.C.S. 333	190
Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani	2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650	320
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 R.C.S. 27	389
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	576
Roads and Traffic Authority c. Royal	[2008] HCA 19, 245 A.L.R. 653	188
Robertson c. Thomson Corp.	2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363	239, 279, 306, 342
Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique	2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283	259, 331
Roper c. Johnson	(1873), L.R. 8 C.P. 167	702

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE

S

S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)	2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539	134
Scharfe c. The Queen	2010 CCI 39 (CanLII)	499
Semelhago c. Paramadevan	[1996] 2 R.C.S. 415	690, 708
Shaw Cablesystems G.P. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique	2010 CAF 220 (CanLII)	258
Shell Canada Ltée c. Canada	[1999] 3 R.C.S. 622	497
Sienkiewicz c. Greif (UK) Ltd.	[2011] UKSC 10, [2011] 2 All E.R. 857	196
Sillitoe c. McGraw-Hill Book Company (U.K.) Ltd.	[1983] F.S.R. 545	358
Skoke-Graham c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 106	596
Smith c. Alliance Pipeline Ltd.	2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160	295, 317
Smith c. Attorney General of Ontario	[1924] R.C.S. 331	541
Smith c. The State	63 Wis. 453 (1885)	423
Smithers c. La Reine	[1978] 1 R.C.S. 506	35
Snell c. Farrell	[1990] 2 R.C.S. 311	187
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet	2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427	248, 256, 293, 314
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada	2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326	357
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1995] 1 R.C.S. 157	321
Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)	2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19	576
Société Radio-Canada c. La Reine	2011 CSC 3, [2011] 1 R.C.S. 65	576
Stackhouse c. La Reine	2007 CCI 146 (CanLII)	499
State c. Lankford	102 A. 63 (1917)	602
State c. Marcks	41 S.W. 973 (1897)	602
State c. Marcks	43 S.W. 1095 (1898)	602
Stewart c. Canada	2002 CSC 46, [2002] 2 R.C.S. 645	505
Succession André Dubois c. Ministère des Transports du Québec	C.A. Qué., nº 500-09-001027-937, 25 mars 1997	149
Succession Odhavji c. Woodhouse	2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263	565
Succession Ordon c. Grail	[1998] 3 R.C.S. 437	14

T

Tarif des redevances, Exécution publique d'œuvres musicales (Tarifs 22.B à 22.G)	www.cb-cda.gc.ca/decisions/2008/20081024-m-b.pdf	258
Tarif des redevances, Exécution publique d'œuvres musicales 1996, 1997, 1998 (Tarif 22, Internet)	www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf	256, 293
The Queen c. Clarence	(1888), 22 Q.B.D. 23	597
The Queen c. Graham	(1985), 85 D.T.C. 5256	496
Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.	2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336	240, 253, 307, 332
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)	[1998] 1 R.C.S. 877	576
Thorson c. Procureur général du Canada	[1975] 1 R.C.S. 138	543
Toronto Electric Commissioners c. Snider	[1925] A.C. 396	9

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Toronto Star Newspaper Ltd. c. Ontario	2012 ONCJ 27 (CanLII)	577
Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79	2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77	322
Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp.	[1990] 3 R.C.S. 1112	11
Turbide c. La Reine	2011 CCI 371 (CanLII)	499
Twining c. Morrice	(1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182	613

U

U.S. c. Garcia	854 F.2d 340 (1988)	423
Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada	[1975] 1 R.C.S. 178	12
United States c. American Society of Composers, Authors and Publishers	599 F.Supp.2d 415 (2009)	336
United States c. American Society of Composers, Authors and Publishers	627 F.3d 64 (2010), cert. refusé (C.S.É.-U., octobre 2011, nº 10-1317)	273
United States c. Dumford	28 M.J. 836 (1989)	602
United States c. Johnson	27 M.J. 798 (1988)	602
University of London Press, Ltd. c. University Tutorial Press, Ltd.	[1916] 2 Ch. 601	358

V

Vancouver Sun (Re)	2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332	574
Vetrovec c. La Reine	[1982] 1 R.C.S. 811	669

W

Walker, Succession c. York Finch General Hospital	2001 CSC 23, [2001] 1 R.C.S. 647	194
Walters c. Morgan	(1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056	613
Watt c. Canada	2001 CAF 72 (CanLII)	496
Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)	[1998] 1 R.C.S. 322	22
Whitbread c. Walley	[1990] 3 R.C.S. 1273	14
Wilsher c. Essex Area Health Authority	[1988] 1 A.C. 1074	187

Z

Zanini c. The Queen	[1967] R.C.S. 715	218

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

A

Assessment Act, R.S.N.S. 1989, c. 23
s. 42(1) 108
Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25
s. 1 "accident", "automobile", "damage caused by an automobile" 136
s. 83.57 136

C

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5
s. 4(6) 639

Canadian Charter of Rights and Freedoms
s. 7 509
s. 24(1) 509

Constitution Act, 1867
s. 91(10) 3
s. 92(10) 3
s. 92(13) 3

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19
s. 5(2) 211

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42
s. 2 "sound recording" 376
s. 3(1)(f) 231, 283, 291, 316
s. 19 376
s. 29 ..... 326, 345

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46
s. 21(1) 411
s. 21(1)(b) 673
s. 279(1) 411
s. 127 92
s. 249 60
s. 265(3)(c) 584, 626
s. 268 584
s. 273 584
s. 467.1 "criminal organization" 211
s. 467.12 211
s. 467.13 211
s. 686(1)(a)(ii) 60
s. 686(1)(b)(iii) 60, 639
s. 686(4) 509
s. 686(8) 509
s. 731(1)(b) 470

I

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)
s. 31(1)(a) 489

M

Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1989, c. 293
s. 248 84

P

Payments in Lieu of Taxes Act, R.S.C. 1985, c. M-13
s. 2(1) 108
s. 4(1) 108

R

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194
r. 60.11 92
r. 60.12 92

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156
r. 47 55

S

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26
s. 40 55
s. 60(1)(b) 55

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

A

Assessment Act, R.S.N.S. 1989, c. 23
art. 42(1) 108

C

Charte canadienne des droits et libertés
art. 7 509
art. 24(1) 509

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46
art. 21(1) 411
art. 21(1)b) 673
art. 279(1) 411
art. 127 92
art. 249 60
art. 265(3)c) 584, 626
art. 268 584
art. 273 584
art. 467.1 « organisation criminelle » ... 211
art. 467.12 211
art. 467.13 211
art. 686(1)a)(ii) 60
art. 686(1)b)(iii) 60, 639
art. 686(4) 509
art. 686(8) 509
art. 731(1)b) 470

L

Loi constitutionnelle de 1867
art. 91(10) 3
art. 92(10) 3
art. 92(13) 3

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.)
art. 31(1)a) 489

Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19
art. 5(2) 211

PAGE

Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25
art. 1 « accident », « automobile », « préjudice causé par une automobile » 136
art. 83.57 136

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26
art. 40 55
art. 60(1)b) 55

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5
art. 4(6) 639

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42
art. 2 « enregistrement sonore » 376
art. 3(1)f) 231, 283, 291, 316
art. 19 376
art. 29 ..... 326, 345

Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts, L.R.C. 1985, ch. M-13
art. 2(1) 108
art. 4(1) 108

M

Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1989, ch. 293
art. 248 84

R

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156
art. 47 55

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194
règle 60.11 92
règle 60.12 92

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

Aickin, K. A. "Kidnapping at Common Law" (1936), 1 *Res Judicatae* 130. 422

Anderson, Ronald A. *Wharton's Criminal Law and Procedure*, vol. I. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1957. 424

Bates, Paul. "Mitigation of Damages: A Matter of Commercial Common Sense" (1992), 13 *Advocates' Q.* 273. 686

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 7e éd., vol. I, *Principes généraux.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007. 145

Bingham, Tom. *The Rule of Law.* London: Allen Lane, 2010. 593

Bishop, Joel Prentiss. *Bishop on Criminal Law*, vol. II, 9th ed. by John M. Zane and Carl Zollmann. Chicago: T. H. Flood and Co., 1923. 422

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769. 422

Boily, Marie-Claude, et al. "Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: systematic review and meta-analysis of observational studies" (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118. 620

Brown, Henry S. *Supreme Court of Canada Practice 2012*, 12th ed. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 2011. 58

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008. 10

Burris, Scott, et al. "Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial" (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467. 608

Canada. *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis.* Ottawa : Affaires extérieures, 1987. .. 246

Canada. *Canada-U.S. Free Trade Agreement.* Ottawa: External Affairs, 1987. 246

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, 1re sess., 37e lég., 8 mai 2001 (en ligne : http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=652649&Language=F&Mode=1&Parl=37&Ses=1). 223

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, t. 1, 2e sess., 17e lég., 23 avril 1931, p. 892-893. 244

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, t. 3, 2e sess., 17e lég., 8 juin 1931, p. 2373-2374. 244

PAGE

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 1, 2nd Sess., 17th Parl., April 23, 1931, pp. 899-900. 244

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 3, 2nd Sess., 17th Parl., June 8, 1931, p. 2399. 244

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights*, 1st Sess., 37th Parl., May 8, 2001 (online: http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=652649&Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1). 223

Canada. Secrétariat du Conseil du Trésor. Commission du droit d'auteur Canada. Rapport sur le rendement pour la période se terminant le 31 mars 2003 (en ligne : www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20060118021938/http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/02-03/cb-cda/cb-cda03d_f.asp). 316

Canada. Treasury Board. Copyright Board Canada. Performance Report for the period ending March 31, 2003 (online: www.collectionscanada.gc.ca/webarchives/20060120100901/http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/02-03/cb-cda/cb-cda03d_e.asp). 316

Canadian Judicial Council. *Model Jury Instructions – Homicide*, Offence Instructions, 229.a, 2012 (online: http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/lawyers_en.asp?selMenu=lawyers_modeljuryinstruction_en.asp). 461

Cohen, Myron S., et al. "Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy" (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493. 621

Conseil canadien de la magistrature. *Modèles de directives au jury – L'homicide*, Directives relatives aux infractions, 229.a, 2012 (en ligne : http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers_fr.asp?selMenu=lawyers_modeljuryinstruction_fr.asp). 461

Craig, Carys J. "Locke, Labour and Limiting the Author's Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law" (2002), 28 *Queen's L.J.* 1. 332

Craig, Carys. "Locking Out Lawful Users: Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32", in Michael Geist, ed., *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto: Irwin Law, 2010, 177. 240

Crankshaw, James. *The Criminal Code of Canada and the Canada Evidence Act: With Their Amendments, Including the Amending Acts of 1900 and 1901, and Extra Appendices*, 2nd ed. Montreal: C. Theoret, 1902. 426

"Cyberbullying: A Growing Problem", *Science Daily*, February 22, 2010 (online: www.sciencedaily.com/releases/2010/02/100222104939.htm). 578

D'Agostino, Giuseppina. "Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use" (2008), 53 *McGill L.J./R.D. McGill* 309. ..... 337, 359

Diamond, John L. "Kidnapping: A Modern Definition" (1985), 13 *Am. J. Crim. L.* 1. 422

Drassinower, Abraham. "Taking User Rights Seriously", in Michael Geist, ed., *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law*. Toronto: Irwin Law, 2005, 462. 335

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. ..... 261, 389

East, Sir Edward Hyde. *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol. I. London: J. Butterworth, 1803. 422

Eltis, Karen. "The Judicial System in the Digital Age: Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context" (2011), 56 *McGill L.J./R.D. McGill* 289. 575

Felesky, Brian A. "'Hobby' Farm Losses", in *Report of Proceedings of the Twenty-Sixth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1974, 625. 503

Fiss, Owen M. "The Social and Political Foundations of Adjudication" (1982), 6 *Law & Hum. Behav.* 121. 540

PAGE

Gardner, Daniel. « L'interprétation de la portée de la *Loi sur l'assurance automobile* : un éternel recommencement » (2011), 52 *C. de D.* 167. 144

Gardner, Daniel. « La *Loi sur l'assurance automobile* : loi d'interprétation libérale? » (1992), 33 *C. de D.* 485. 150

Gervais, Daniel J., et Elizabeth F. Judge, avec la collaboration de Mistrale Goudreau. *Le droit de la propriété intellectuelle.* Toronto : Thomson/Carswell, 2006. 271

Ginsburg, Jane C. "The (new?) right of making available to the public", in David Vaver and Lionel Bently, eds., *Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honour of William R. Cornish.* Cambridge: Cambridge University Press, 2004. 309

Goldstein, Paul, and P. Bernt Hugenholtz. *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2010. 243

Grand Robert de la langue française (version électronique), « organisation », « organiser ». 221

Grande-Bretagne. Criminal Code Bill Commission. *Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences : With an Appendix Containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners.* London : The Commission, 1879. 96

Grant, Isabel. "The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada: Time to Rethink *Cuerrier*" (2011), 5 *M.J.L.H./R.D.S.M.* 7. 605

Great Britain. Criminal Code Bill Commission. *Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences: With an Appendix Containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners.* London: The Commission, 1879. 96

Handa, Sunny. *Copyright Law in Canada.* Markham, Ont.: Butterworths, 2002. ..... 252, 271, 306

Hastie, Miles. "The Separate Offence of Committing a Crime 'In Association with' a Criminal Organization: Gang Symbols and Signs of Constitutional Problems" (2010), 14 *Can. Crim. L. Rev./R.C.D.P.* 79. 228

Hawkins, William. *A Treatise of the Pleas of the Crown; Or, A System of the Principal Matters Relating to That Subject, Digested Under Proper Heads*, vol. I, 8th ed. by John Curwood. London: S. Sweet, 1824. 422

Hochheimer, Lewis. *The Law of Crimes and Criminal Procedure: Including Forms and Precedents*, 2nd ed. Baltimore: Baltimore Book Co., 1904. 424

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1). 14

Jones, Lisa M., David Finkelhor and Jessica Beckwith. "Protecting victims' identities in press coverage of child victimization" (2010), 11 *Journalism* 347. 580

Judge, Elizabeth F., and Daniel J. Gervais. *Intellectual Property: The Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2011. 271

Katz, Ariel. "Commentary: Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature?", in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property.* Toronto: Irwin Law, 2009, 449. 242

Leigh, L. H. "Two cases on consent in rape" (2007), 5 *Arch. News* 6. 608

Lucock, Carole, and Michael Yeo. "Naming Names: The Pseudonym in the Name of the Law" (2006), 3 *U. Ottawa L. & Tech. J./R.D. et tech. U.O.* 53. 575

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 18th ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009. 702

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2011, release 6). 305

PAGE

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2009 (loose-leaf updated 2012, release 1). 246

McNair, D. K. *Taxation of Farmers and Fishermen*. Toronto: Richard De Boo, 1980. 496

Merriam-Webster's Collegiate Dictionary, 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, "communicate", "transmit". 261

Moyse, Pierre-Emmanuel. *Le droit de distribution : analyse historique et comparative en droit d'auteur*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007. 243

Mullan, David J. "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59. 315

Nightingale, Brenda L. *The Law of Fraud and Related Offences*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2011, release 3). 612

Nouvelle-Écosse. Commission d'étude sur l'intimidation et la cyberintimidation. *Respect et responsabilité dans les relations : il n'y a pas d'app pour ça : Rapport de la Commission d'étude sur l'intimidation et la cyberintimidation*. Nouvelle-Écosse : La Commission, 2012. 578

Nova Scotia. Task Force on Bullying and Cyberbullying. *Respectful and Responsible Relationships: There's No App for That: The Report of the Nova Scotia Task Force on Bullying and Cyberbullying*. Nova Scotia: The Task Force, 2012. 578

Orlova, Alexandra V., and James W. Moore. "'Umbrellas' or 'Building Blocks'?: Defining International Terrorism and Transnational Organized Crime in International Law" (2005), 27 *Hous. J. Int'l L.* 267. 224

Oxford English Dictionary (online: www.oed.com), "communicate", "transmit". 261

Patenaude, Micheline. « L'entreprise qui fait partie intégrante de l'entreprise fédérale » (1991), 32 *C. de D.* 763. 25

Petit Robert. Paris : Le Robert, 2012, « communiquer ». 261

Ricketson, Sam, and Jane C. Ginsburg. *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, vol. I, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. 308

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated December 2011, release 17). 549

Roscoe, Henry. *A Digest of the Law of Evidence in Criminal Cases*, 2nd ed. Philadelphia: T. & J. W. Johnson, 1840. 422

Rousseau-Houle, Thérèse. « Le régime québécois d'assurance automobile, vingt ans après » (1998), 39 *C. de D.* 213. 144

Russell, Sir William Oldnall. *A Treatise on Crimes and Misdemeanors*, vol. I, 3rd ed. by Charles Sprengel Greaves. London: Saunders and Benning, 1843. 422

Scott, Kenneth E. "Standing in the Supreme Court — A Functional Analysis" (1973), 86 *Harv. L. Rev.* 645. 542

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 6th ed., vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2007, "communicate". 261

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 6th ed., vol. 2. Oxford: Oxford University Press, 2007, "organized". 221

Siebrasse, Norman. "Damages in Lieu of Specific Performance: *Semelhago v. Paramadevan*" (1997), 76 *Can. Bar Rev./R. du B. can.* 551. 690

PAGE

Sossin, Lorne. "The Justice of Access: Who Should Have Standing to Challenge the Constitutional Adequacy of Legal Aid?" (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 727. 547

Sossin, Lorne M. *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2012. 543

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2007. 263

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002. 248

Thomas, Richard B. "A Farm Loss with a Difference — The Farmer is Successful!" (1993), 41 *Can. Tax J./ Rev. fisc. can.* 513. 496

Trésor de la langue française (en ligne : http://atilf.atilf.fr), « communiquer ». 261

UNICEF, Centre de recherche Innocenti. *La sécurité des enfants en ligne : Défis et stratégies mondiaux.* Florence, Italie : UNICEF, 2011. 580

UNICEF Innocenti Research Centre. *Child Safety Online: Global challenges and strategies.* Florence, Italy: UNICEF, 2011. 580

Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011. ..... 239, 271, 312, 333

Wainberg, Mark A. "Criminalizing HIV transmission may be a mistake" (2009), 180 *C.M.A.J./J.A.M.C.* 688. 608

Weinrib, Ernest J. *The Idea of Private Law.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995. 187

Weller, Susan C., and Karen Davis-Beaty. "Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission" (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255. 620

Wilkinson, Margaret Ann. "Copyright, Collectives, and Contracts: New Math for Educational Institutions and Libraries", in Michael Geist, ed., *From "Radical Extremism" to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda.* Toronto: Irwin Law, 2010, 503. 316

Williams, Glanville. "*Finis* for *Novus Actus*?" (1989), 48 *Cambridge L.J.* 391. 50

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983. 45

Winn, Peter A. "Online Court Records: Balancing Judicial Accountability and Privacy in an Age of Electronic Information" (2004), 79 *Wash. L. Rev.* 307. 579

World Intellectual Property Organization. *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, chapter 5, "International Treaties and Conventions on Intellectual Property", No. 489, 2nd ed. Geneva: WIPO, 2004. 309

Yeo, Stanley. "Blamable Causation" (2000), 24 *Crim. L.J.* 144. 41

Yorio, Edward. "A Defense of Equitable Defenses" (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 1201. 707

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John H. Craig *Respondent*

INDEXED AS: CANADA *v.* CRAIG

2012 SCC 43

File No.: 34144.

2012: March 23; 2012: August 1.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income Tax — Deduction of farming losses — Taxpayer drawing income from farming and other sources — Taxpayer deducting farming losses from total income — Whether farm income combined with other income constitutes chief source of income — Whether totality of farming losses deductible from income — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 31(1)(a).

Courts — Decisions — Stare decisis — Whether subordinate courts may overrule higher court precedent — Circumstances in which prior Supreme Court of Canada decisions will be reconsidered or revised.

Section 31(1) of the *Income Tax Act* limits deductible losses "[w]here a taxpayer's chief source of income for a taxation year is neither farming nor a combination of farming and some other source of income". In *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480, this Court found that a predecessor to s. 31(1) contemplated three classes of taxpayer involved in farming. In the first class are taxpayers for whom farming provides the bulk of income or the centre of work routine. Loss deductions are not limited for this class. In the second are taxpayers who do not look to farming, or to farming and some subordinate source of income, for their livelihood, but carry on farming as a sideline business. For this class, s. 31(1) limits loss deductions. The third class consists of taxpayers who carry on some farming

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

John H. Craig *Intimé*

RÉPERTORIÉ : CANADA *c.* CRAIG

2012 CSC 43

N° du greffe : 34144.

2012 : 23 mars; 2012 : 1er août.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Déduction des pertes agricoles — Revenu tiré par le contribuable de l'agriculture et d'autres sources — Pertes agricoles déduites par le contribuable de son revenu total — La combinaison du revenu agricole et d'un autre revenu constitue-t-elle la principale source de revenu? — La totalité des pertes agricoles est-elle déductible du revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 31(1)a).

Tribunaux — Décisions — Stare decisis — Les cours inférieures peuvent-elles écarter un précédent établi par une cour supérieure? — Circonstances dans lesquelles les arrêts antérieurs de la Cour suprême sont réexaminés ou révisés.

Le paragraphe 31(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* limite la déductibilité des pertes « [l]orsque le revenu d'un contribuable, pour une année d'imposition, ne provient principalement ni de l'agriculture ni d'une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source ». Notre Cour a conclu dans *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480, qu'une version antérieure du par. 31(1) envisageait trois catégories de contribuables agriculteurs. La première catégorie regroupe les contribuables qui tirent la plus grande partie de leur revenu de l'agriculture ou pour qui l'agriculture constitue le centre de leur travail habituel. Cette catégorie n'est assujettie à aucune limite pour ce qui est des pertes déductibles. La deuxième catégorie est formée des contribuables qui ne considèrent pas l'agriculture,

activities as a hobby, not as a business, and whose losses are not deductible in any amount.

In *Gunn v. Canada*, 2006 FCA 281, [2007] 3 F.C.R. 57, the Federal Court of Appeal adopted a more generous interpretation of what could constitute a combination of farming and some other source of income.

In this case, C's primary source of income came from his law practice. He also had income from investments, stock options, and farming (buying, selling, training and maintaining horses for racing). He deducted losses from the horse-racing business from his other income in 2000 and 2001. Based on *Moldowan*, the Minister reassessed and limited the deductions on the grounds that the combination of the law practice and the horse-racing business was not C's chief source of income. Following *Gunn*, the trial judge allowed C's appeal, finding that the loss deduction limitation in s. 31(1) did not apply. The Federal Court of Appeal dismissed the Minister's appeal, holding that it was required to follow its prior decision in *Gunn*.

Held: The appeal should be dismissed.

Moldowan was a binding precedent and the lower courts should have limited themselves to writing reasons as to why it was problematic rather than purporting to overrule it. This Court can, however, overrule its own decisions. While this is not a step not to be lightly undertaken, the *Moldowan* approach to the combination question is incorrect and it is appropriate for this Court to revisit this aspect of the interpretation of s. 31. Section 31(1) provides two distinct exceptions to the loss deduction limitation. A judge-made rule that reads one of them out of the provision cannot stand.

Taking a contextual approach, the relevant factors to consider are the capital invested in farming and the second source of income; the income from each of the two sources of income; the time spent on the two sources of income; and the taxpayer's ordinary mode of living,

ou l'agriculture et une source secondaire de revenu, comme leur gagne-pain mais pour qui l'exploitation d'une ferme est une entreprise secondaire. Le paragraphe 31(1) limite les pertes que peuvent déduire les contribuables de cette catégorie. La troisième catégorie se compose des contribuables qui poursuivent certaines activités agricoles comme passe-temps, et non comme entreprise, et dont les pertes ne sont pas déductibles, quel qu'en soit le montant.

Dans *Gunn c. Canada*, 2006 CAF 281, [2007] 3 R.C.F. 57, la Cour d'appel fédérale a adopté une interprétation plus libérale de ce qui pourrait constituer une combinaison de l'agriculture et d'une autre source de revenu.

En l'espèce, l'exercice de la profession d'avocat était la principale source de revenu de C. Il avait en outre des revenus de placements, avait réalisé des gains en exerçant des options d'achat d'actions et tirait un revenu de l'agriculture (vente, achat, entraînement et entretien de chevaux de course). Il a déduit les pertes de l'entreprise de chevaux de course de ses autres revenus en 2000 et en 2001. Se fondant sur *Moldowan*, le ministre a établi un nouvel avis de cotisation et limité les pertes déductibles parce que la combinaison de l'exercice du droit et de l'entreprise de chevaux de course ne constituait pas la principale source de revenu de C. Le juge de première instance a appliqué *Gunn* et accueilli l'appel de C, concluant qu'il n'y avait pas lieu de limiter la déductibilité des pertes agricoles sous le régime du par. 31(1). La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel du ministre, jugeant qu'elle était tenue de suivre la décision qu'elle avait rendue dans *Gunn*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Moldowan était un précédent ayant force obligatoire et les juridictions inférieures auraient dû se contenter d'exposer dans leurs motifs ce qu'elles considéraient problématique dans cet arrêt au lieu de l'écarter. Notre Cour peut cependant écarter ses propres décisions. S'il ne convient pas d'écarter un précédent de notre Cour à la légère, la démarche relative à la question de la combinaison suivie dans l'arrêt *Moldowan* est incorrecte et il convient que notre Cour réexamine l'interprétation de l'art. 31. Le paragraphe 31(1) prévoit deux exceptions distinctes à la déductibilité limitée des pertes agricoles. Une règle jurisprudentielle excluant du par. 31(1) l'une des exceptions ne peut être maintenue.

Les facteurs à prendre en compte dans l'analyse contextuelle sont le capital investi dans l'entreprise agricole et dans la deuxième source de revenu, le revenu tiré de chacune des deux sources, le temps consacré aux deux sources de revenu et le mode de vie

farming history, and future intentions and expectations. If they tend to show that the taxpayer places significant emphasis on both his farming and non-farming sources of income, there is no reason that such a combination should not constitute a chief source of income, avoiding the application of the loss deduction limitation of s. 31(1). Both endeavours must be significant endeavours of the taxpayer, but they do not need to be connected, and farming does not need to be the predominant source of income. The determination is a factual one for the trial judge. The approach must be flexible, recognizing that not each factor need be significant. The question is whether, looking at these factors together, the taxpayer places significant emphasis on each of the farming business and other earning activity, and if so, the combination will constitute a chief source of income and avoid the loss deduction limitation of s. 31(1). Such an interpretation is consistent with the general policy of the *Income Tax Act* that, subject to specific exceptions, taxpayers may offset losses from one business or source of income against profits from another without limitation.

There is no basis for this Court to disturb the findings that farming, in combination with C's law practice, was a chief source of income, and that the loss deduction limitation in s. 31(1) did not apply to the facts. The Crown conceded that the horse-racing operation was a business, not a personal endeavour, and the relevant factors, other than demonstrated profitability, clearly pointed to it being more than a sideline business. C devoted both a material amount of capital and a very significant part of his daily work routine to the farming business, and he was an active member of and contributor to the community of standard-bred racing.

Cases Cited

Overruled: *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; **discussed:** *Gunn v. Canada*, 2006 FCA 281, [2007] 3 F.C.R. 57; **referred to:** *Hover v. M.N.R.*, [1993] 1 C.T.C. 2585; *Hadley v. The Queen*, [1985] 1 C.T.C. 62; *The Queen v. Graham* (1985), 85 D.T.C. 5256; *Morrissey v. Canada*, [1989] 2 F.C. 418; *Poirier (in bankruptcy) v. Minister of National Revenue* (1986), 2 F.T.R. 11; *Watt v. Minister of National Revenue*, 2001

ordinaire du contribuable, son expérience de l'agriculture et ses intentions et attentes. Si ces facteurs tendent à démontrer que le contribuable accorde une importance considérable tant à son entreprise agricole qu'aux sources de revenu non agricoles, il n'y a pas de raison de considérer qu'une telle combinaison ne constitue pas une source principale de revenu permettant d'échapper à la déductibilité limitée des pertes agricoles prévue au par. 31(1). Ces deux activités doivent constituer des activités importantes du contribuable, mais elles n'ont pas à être reliées entre elles, et il n'est pas nécessaire que l'agriculture soit la principale source de revenu. Il s'agit d'une appréciation factuelle relevant du juge de première instance. La démarche doit rester souple et reconnaître que certains facteurs peuvent ne pas être importants. L'examen de l'ensemble de ces facteurs permettra de déterminer si le contribuable accorde une importance significative à l'entreprise agricole et à l'autre activité lucrative; si c'est le cas, son revenu proviendra principalement de la combinaison de ces activités et la déductibilité des pertes agricoles ne sera pas limitée en application du par. 31(1). Cette interprétation est conforme à l'économie générale de la *Loi de l'impôt sur le revenu* suivant laquelle, sous réserve de certaines exceptions précises, le contribuable peut déduire en totalité les pertes afférentes à une entreprise ou à une source de revenu des profits tirés d'une autre entreprise ou source de revenu.

Rien ne justifie que notre Cour modifie les conclusions que le revenu de C provenait principalement de la combinaison de l'agriculture et de l'exercice du droit et que la limitation de la déductibilité des pertes agricoles opérée par le par. 31(1) ne s'appliquait pas compte tenu des faits. Le ministère public a reconnu que l'exploitation de chevaux de course constituait une entreprise et non une activité personnelle, et les facteurs pertinents autres que celui de la rentabilité établie indiquaient clairement que l'entreprise agricole était plus qu'une entreprise secondaire. C investissait des capitaux importants dans cette entreprise et une grande partie de son travail quotidien y passait; il était un membre actif du monde des courses de chevaux standardbred et y apportait sa contribution.

Jurisprudence

Arrêt renversé : *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; **arrêt analysé :** *Gunn c. Canada*, 2006 CAF 281, [2007] 3 R.C.F. 57; **arrêts mentionnés :** *Hover c. Canada (ministre du Revenu national – M.R.N.)*, [1992] A.C.I. nº 735 (QL); *Hadley c. The Queen*, [1985] 1 C.T.C. 62; *The Queen c. Graham* (1985), 85 D.T.C. 5256; *Morrissey c. Canada*, [1989] 2 C.F. 418; *Poirier (in bankruptcy) c. Minister of National Revenue* (1986),

FCA 72, 273 N.R. 201; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Stackhouse v. R.*, 2007 TCC 146, [2007] 3 C.T.C. 2402; *Falkener v. R.*, 2007 TCC 514, [2008] 2 C.T.C. 2231; *Loyens v. R.*, 2008 TCC 486, [2009] 1 C.T.C. 2547; *Johnson v. The Queen*, 2009 TCC 383, 2009 D.T.C. 1245; *Scharfe v. The Queen*, 2010 TCC 39, 2010 D.T.C. 1078; *Turbide v. The Queen*, 2011 TCC 371, 2011 D.T.C. 1347; *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518; *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 S.C.R. 1092; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Queensland v. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Stewart v. Canada*, 2002 SCC 46, [2002] 2 S.C.R. 645; *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 31, 248(1).

Authors Cited

Felesky, Brian A. "'Hobby' Farm Losses", in *Report of Proceedings of the Twenty-Sixth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1974, 625.

McNair, D. K. *Taxation of Farmers and Fishermen*. Toronto: Richard De Boo, 1980.

Thomas, Richard B. "A Farm Loss with a Difference — The Farmer is Successful!" (1993), 41 *Can. Tax J.* 513.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Evans, Dawson and Stratas JJ.A.), 2011 FCA 22, [2011] 2 F.C.R. 436, 414 N.R. 396, [2011] 3 C.T.C. 189, 2011 D.T.C. 5047, [2011] F.C.J. No. 435 (QL), 2011 CarswellNat 586, affirming a decision of Hershfield T.C.C.J., 2009 TCC 617, [2010] 3 C.T.C. 2341, 2010 D.T.C. 1032, [2009] T.C.J. No. 505 (QL), 2009 CarswellNat 4372. Appeal dismissed.

Simon Fothergill and *Daniel Bourgeois*, for the appellant.

2 F.T.R. 11; *Watt c. Canada*, 2001 CAF 72 (CanLII); *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Stackhouse c. La Reine*, 2007 CCI 146 (CanLII); *Falkener c. La Reine*, 2007 CCI 514 (CanLII); *Loyens c. La Reine*, 2008 CCI 486 (CanLII); *Johnson c. La Reine*, 2009 CCI 383 (CanLII); *Scharfe c. La Reine*, 2010 CCI 39 (CanLII); *Turbide c. La Reine*, 2011 CCI 371 (CanLII); *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370 (CanLII); *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518; *Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Queensland c. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Stewart c. Canada*, 2002 CSC 46, [2002] 2 R.C.S. 645; *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 31, 248(1).

Doctrine et autres documents cités

Felesky, Brian A. « "Hobby" Farm Losses », in *Report of Proceedings of the Twenty-Sixth Tax Conference*. Toronto : Canadian Tax Foundation, 1974, 625.

McNair, D. K. *Taxation of Farmers and Fishermen*. Toronto : Richard De Boo, 1980.

Thomas, Richard B. « A Farm Loss with a Difference — The Farmer is Successful! » (1993), 41 *Rev. fisc. can.* 513.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Evans, Dawson et Stratas), 2011 CAF 22, [2011] 2 R.C.F. 436, 414 N.R. 396, [2011] 3 C.T.C. 189, 2011 D.T.C. 5047, [2011] A.C.F. nº 435 (QL), 2011 CarswellNat 1578, qui a confirmé une décision du juge Hershfield, 2009 CCI 617, [2010] 3 C.T.C. 2341, 2010 D.T.C. 1032, [2009] A.C.I. nº 505 (QL), 2009 CarswellNat 5749. Pourvoi rejeté.

Simon Fothergill et *Daniel Bourgeois*, pour l'appelante.

Glenn Ernst and *Sandon Shogilev*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] This is a farm loss case. Where farming is a source of income for a taxpayer, s. 31 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), may apply to limit the amount of loss from farming that can be deducted from the taxpayer's other income. Section 31(1)(*a*) provides that, where a taxpayer's chief source of income is neither farming nor a combination of farming and some other source of income, the taxpayer's deductible farm loss is limited to $8,750 annually.

[2] The main issue in this case concerns the interpretation of s. 31 of the *Income Tax Act*. The question is under what circumstances the combination of farming and some other source of income constitutes a "chief source of income", allowing a taxpayer to avoid the farm loss deduction limit in s. 31.

[3] A preliminary issue arises, however, namely whether the Federal Court of Appeal was entitled to disregard this Court's precedent in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480.

II. Facts

[4] John Craig's primary source of income was, and was intended to be, his professional income from his law practice. He also had income from investments and gains on the exercise of stock options. In addition, Mr. Craig was in the business of buying, selling, training and maintaining horses for racing.

[5] Although the horse-racing business had had some profitable years, it incurred losses in 2000

Glenn Ernst et *Sandon Shogilev*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] La présente affaire porte sur les pertes agricoles. Lorsqu'un contribuable tire un revenu de l'agriculture, il est possible que l'art. 31 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^{e} suppl.), limite le montant de la perte agricole qui peut être déduit de ses autres sources de revenu. Aux termes de l'al. 31(1)*a*), lorsque le revenu d'un contribuable ne provient principalement ni de l'agriculture ni d'une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source, les pertes agricoles déductibles se limitent à 8 750 $ par année.

[2] La principale question en l'espèce concerne l'interprétation de l'art. 31 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il s'agit de déterminer dans quelles circonstances la combinaison de l'agriculture et d'une autre source de revenu constitue la « principale source de revenu » d'un contribuable et lui évite l'assujettissement à la limite des pertes agricoles déductibles établie à l'art. 31.

[3] Il se pose toutefois une question préliminaire, à savoir si la Cour d'appel fédérale pouvait écarter le précédent établi par notre Cour dans *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480.

II. Les faits

[4] L'exercice de la profession d'avocat était la principale source de revenu de M. John Craig et était voulu tel. Celui-ci avait en outre des revenus de placements, et il avait réalisé des gains en exerçant des options d'achat d'actions. M. Craig exploitait aussi une entreprise d'achat, de vente, d'entraînement et d'entretien de chevaux de course.

[5] Bien que l'entreprise de chevaux de course ait connu de bonnes années, elle a subi des pertes

and 2001, of $222,642 and $205,655 respectively. Mr. Craig deducted these losses from his other income. Pursuant to s. 31 of the *Income Tax Act*, as interpreted by Dickson J. (as he then was) in *Moldowan*, the Minister reassessed, limiting the deductible losses for each year to $8,750, on the basis that the combination of his law practice and his horse-racing business was not his chief source of income, because the horse-racing business was a subordinate or sideline business.

[6] Hershfield T.C.C.J. of the Tax Court of Canada found, on the basis of *Gunn v. Canada*, 2006 FCA 281, [2007] 3 F.C.R. 57, a decision of the Federal Court of Appeal that did not follow *Moldowan*, that the combination of the horse-racing business and his law practice constituted Mr. Craig's chief source of income (2009 TCC 617, [2010] 3 C.T.C. 2341). The Federal Court of Appeal also found in favour of Mr. Craig on the basis that it was required to follow that Court's prior decision in *Gunn* (2011 FCA 22, [2011] 2 F.C.R. 436).

[7] The Minister now appeals to this Court.

III. The Statutory Provisions at Issue

[8] Section 31(1) of the *Income Tax Act* provides, in relevant part:

31. (1) Where a taxpayer's chief source of income for a taxation year is neither farming nor a combination of farming and some other source of income, . . . the taxpayer's loss, if any, for the year from all farming businesses carried on by the taxpayer shall be deemed to be a total of

(*a*) the lesser of

(i) the amount by which the total of the taxpayer's losses for the year, determined without reference to this section and before making any deduction under section 37 or 37.1, from all farming businesses carried on by the taxpayer exceeds the total of the taxpayer's incomes for the year, so determined from all such businesses, and

(ii) $2,500 plus the lesser of

de 222 642 $ en 2000 et de 205 655 $ en 2001. M. Craig a déduit ces pertes de ses autres revenus. Le ministre a établi un nouvel avis de cotisation limitant les pertes déductibles à 8 750 $ par année, en application de l'art. 31 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* tel qu'il avait été interprété par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Moldowan*, parce que, l'entreprise de chevaux de course étant secondaire, la combinaison de cette entreprise et de l'exercice du droit ne constituait pas la principale source de revenu du contribuable.

[6] En s'appuyant sur l'arrêt *Gunn c. Canada*, 2006 CAF 281, [2007] 3 R.C.F. 57, de la Cour d'appel fédérale, qui n'avait pas suivi l'arrêt *Moldowan*, le juge Hershfield de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que la combinaison de l'entreprise de chevaux de course et l'exercice du droit constituait la principale source de revenu de M. Craig (2009 CCI 617 (CanLII)). La Cour d'appel fédérale a elle aussi donné raison au contribuable, jugeant qu'elle était tenue de suivre la décision qu'elle avait rendue dans *Gunn* (2011 CAF 22, [2011] 2 R.C.F. 436).

[7] Le ministre se pourvoit à présent devant notre Cour.

III. Les dispositions législatives en cause

[8] Voici le passage pertinent du par. 31(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* :

31. (1) Lorsque le revenu d'un contribuable, pour une année d'imposition, ne provient principalement ni de l'agriculture ni d'une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source, [. . .] ses pertes pour l'année, provenant de toutes les entreprises agricoles exploitées par lui, sont réputées être le total des montants suivants :

a) la moins élevée des sommes suivantes :

(i) l'excédent du total de ses pertes pour l'année, déterminées compte non tenu du présent article et avant toute déduction prévue aux articles 37 ou 37.1 et provenant de toutes les entreprises agricoles exploitées par lui, sur le total des revenus, ainsi déterminés, qu'il a tirés pour l'année de ces entreprises,

(ii) 2 500$ plus la moins élevée des sommes suivantes :

(A) 1/2 of the amount by which the amount determined under subparagraph 31(1)(*a*)(i) exceeds $2,500, and

(B) $6,250, and

(*b*) [an additional amount not relevant here].

The maximum deduction under s. 31(1)(*a*) is $8,750, the extent of the deduction allowed to Mr. Craig.

[9] Section 248(1) provides:

. . .

"farming" includes . . . maintaining of horses for racing . . .

IV. *Moldowan*

[10] Similar to this case, *Moldowan* involved a taxpayer who, in addition to having other sources of income, engaged in the business of farming, namely buying, selling, and maintaining of horses for racing. He sought to deduct his losses from his farming business against his other income. The Minister limited his deductible losses against his other income under s. 13(1) of the Act (now s. 31(1)) to $5,000 (then the limit under that provision). This Court upheld the loss deduction. Dickson J. (as he then was) found that s. 13(1) contemplated three classes of taxpayer involved in farming:

(1) a taxpayer, for whom farming may reasonably be expected to provide the bulk of income or the centre of work routine. Such a taxpayer, who looks to farming for his livelihood, is free of the limitation of s. 13(1) in those years in which he sustains a farming loss.

(2) the taxpayer who does not look to farming, or to farming and some subordinate source of income, for his livelihood but carries on farming as a sideline business. Such a taxpayer is entitled to the deductions spelled out in s. 13(1) in respect of farming losses.

(3) the taxpayer who does not look to farming, or to farming and some subordinate source of income, for his livelihood and who carries on some farming activities as a hobby. The losses sustained by such a taxpayer

(A) 1/2 de l'excédent du montant visé au sous-alinéa (i) sur 2 500$,

(B) 6 250$;

b) [un montant additionnel non pertinent en l'espèce].

Aux termes de l'al. 31(1)*a*), la déduction maximale permise est de 8 750 $, et elle a été accordée à M. Craig.

[9] Le paragraphe 248(1) prévoit ce qui suit :

. . .

« agriculture » Sont compris dans l'agriculture [. . .] l'entretien de chevaux de course . . .

IV. L'arrêt *Moldowan*

[10] Comme dans la présente espèce, le contribuable en cause dans l'affaire *Moldowan* avait, en plus de ses autres sources de revenu, une entreprise agricole qui consistait à acheter, vendre et entretenir des chevaux de course. Il avait voulu déduire les pertes de l'entreprise agricole de ses autres revenus. Par application du par. 13(1) de la Loi (le présent par. 31(1)), le ministre avait limité à 5 000 $ (la limite alors prévue) les pertes pouvant être déduites de ses autres sources de revenu. Notre Cour a maintenu cette limite. Selon le juge Dickson (plus tard Juge en chef) le par. 13(1) envisageait trois catégories de contribuables agriculteurs :

(1) le contribuable qui peut raisonnablement s'attendre à tirer de l'agriculture la plus grande partie de son revenu ou à ce que ce soit le centre de son travail habituel. Ce contribuable, dont l'agriculture est le gagne-pain, est exempté de la limite imposée par le par. 13(1) pour les années où il subit des pertes provenant de son exploitation agricole;

(2) le contribuable qui ne considère pas l'agriculture, ou l'agriculture et une source secondaire de revenu, comme son gagne-pain mais pour qui l'exploitation d'une ferme est une entreprise secondaire. Ce contribuable a droit aux déductions prévues au par. 13(1) au titre des pertes provenant d'une exploitation agricole;

(3) le contribuable qui ne considère pas l'agriculture, ou l'agriculture et une source secondaire de revenu, comme son gagne-pain et qui poursuit une activité agricole comme passe-temps. Les pertes de ce contribuable

on his non-business farming are not deductible in any amount. [pp. 487-88]

As Mr. Moldowan's farming business was a subordinate source of income in relation to his other sources of income, he fell into the second class of taxpayer and the farming loss deduction limitation was applicable.

V. *Gunn*

[11] *Moldowan* provides guidance as to the interpretation of s. 31(1). However, there has been criticism from the judiciary, academics and members of the profession over the three decades following *Moldowan* with respect to Dickson J.'s description of the second class of taxpayer who would be subject to the $8,750 loss deduction limitation. (See, for example, D. K. McNair, *Taxation of Farmers and Fishermen* (1980), at p. 135; R. B. Thomas, "A Farm Loss with a Difference — The Farmer is Successful!" (1993), 41 *Can. Tax J.* 513, at pp. 514-15; *Hover v. M.N.R.*, [1993] 1 C.T.C. 2585 (T.C.C.), at pp. 2598-99, *per* Bowman T.C.C.J. (as he then was); *Hadley v. The Queen*, [1985] 1 C.T.C. 62 (F.C.T.D.); *The Queen v. Graham* (1985), 85 D.T.C. 5256 (F.C.A.), *per* Marceau J.A., dissenting; *Morrissey v. Canada*, [1989] 2 F.C. 418 (C.A.), *per* Mahoney J.A.; *Poirier (in bankruptcy) v. Minister of National Revenue* (1986), 2 F.T.R. 11, *per* Jerome A.C.J.; *Watt v. Minister of National Revenue*, 2001 FCA 72, 273 N.R. 201, *per* Sexton J.A.)

[12] The critics point out that the effect of the definition of the second class of taxpayer is that the taxpayer's chief source of income must be farming, the same as the first class of taxpayer, in order to avoid the loss deduction limitation of s. 31(1). In other words, *Moldowan* says that if farming is a subsidiary source of income in relation to the taxpayer's other sources of income, the loss deduction limitation will apply. The necessary implication is that in order for the limitation not to apply, farming must be the chief source of income, the same as for a taxpayer in the first class established in *Moldowan*. There is nothing in the text or context of s. 31(1) from which to infer that, in order to

provenant de son exploitation agricole qui ne constitue pas une entreprise, ne sont pas déductibles. [p. 487-488]

Puisque son entreprise agricole était une source secondaire de revenu par rapport aux autres sources de revenu, M. Moldowan appartenait à la deuxième catégorie de contribuables et la déduction pour pertes agricoles était assujettie à la limite prévue.

V. L'arrêt *Gunn*

[11] L'arrêt *Moldowan* donne des précisions sur l'interprétation du par. 31(1). Toutefois, au cours des trois décennies qui ont suivi cet arrêt, la définition que le juge Dickson a formulée de la deuxième catégorie de contribuables — pour laquelle la déduction pour pertes agricoles est limitée à 8 750 $ — a suscité des critiques de la part de la magistrature, du milieu doctrinal et de la profession juridique. (Voir, notamment, D. K. McNair, *Taxation of Farmers and Fishermen* (1980), p. 135; R. B. Thomas, « A Farm Loss with a Difference — The Farmer is Successful! » (1993), 41 *Rev. fisc. can.* 513, p. 514-515; *Hover c. Canada (ministre du Revenu national – M.R.N.)*, [1992] A.C.I. nº 735 (QL), par. 59-64, le juge Bowman (plus tard Juge en chef de la C.C.I.); *Hadley c. The Queen*, [1985] 1 C.T.C. 62 (C.F. 1re inst.); *The Queen c. Graham* (1985), 85 D.T.C. 5256 (C.A.F.), le juge Marceau, dissident; *Morrissey c. Canada*, [1989] 2 C.F. 418 (C.A.), le juge Mahoney; *Poirier (in bankruptcy) c. Minister of National Revenue* (1986), 2 F.T.R. 11, le juge en chef adjoint Jerome; *Watt c. Canada*, 2001 CAF 72 (CanLII), le juge Sexton.)

[12] Selon les critiques, cette définition de la deuxième catégorie de contribuables fait en sorte que, pour que la déductibilité des pertes agricoles ne soit pas limitée en application du par. 31(1), la principale source de revenu du contribuable doit être l'agriculture, comme pour la première catégorie. Autrement dit, l'arrêt *Moldowan* établit que si l'agriculture est une source secondaire de revenu par rapport aux autres sources du revenu du contribuable, la déduction sera limitée. Il s'ensuit nécessairement que, pour que la limite ne s'applique pas, l'agriculture doit être la principale source de revenu, tout comme pour les contribuables de la première catégorie établie dans *Moldowan*. Rien

avoid the loss deduction limitation of the provision, farming in relation to taxpayers' other sources of income has to be predominant, and could not be a subsidiary source.

[13] In 2006 in *Gunn*, Sharlow J.A. engaged in a thorough analysis of *Moldowan* and the legislative history of s. 31(1). While she endorsed most of Dickson J.'s reasoning, she disagreed with the portion of his analysis that has given rise to criticism, and that is at issue in this appeal. At para. 71, she stated:

> Based on Justice Dickson's view of the combination question, that person cannot avoid the application of section 31 unless he can establish that his other source of income is subordinate to farming. But if he could establish that, he probably would be able to establish that farming is his chief source of income.

[14] In Sharlow J.A.'s view, Dickson J.'s judge-made rule was inconsistent with this Court's modern approach to the interpretation of the *Income Tax Act*. At para. 75, she cited *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 43:

> This Court has consistently held that courts must therefore be cautious before finding within the clear provisions of the Act an unexpressed legislative intention .... Finding unexpressed legislative intentions under the guise of purposive interpretation runs the risk of upsetting the balance Parliament has attempted to strike in the Act.

[15] Sharlow J.A. answered the "combination" question by observing that the ordinary grammatical meaning of the term "combination" is comprehensible, and in ordinary language means an "addition" or "aggregation". Following this interpretation of the term "combination", Sharlow J.A. concluded, at para. 83:

> In my view, the combination question should be interpreted to require only an examination of the cumulative effect of the aggregate of the capital invested in farming and a second source of income, the aggregate of the

dans le texte ou le contexte du par. 31(1) ne permet d'inférer que, pour faire obstacle à la limitation de la déduction pour pertes agricoles, il faut que l'agriculture soit une source de revenu prédominante par rapport aux autres sources de revenu du contribuable et qu'elle ne peut être une source subsidiaire.

[13] En 2006, dans *Gunn*, la juge Sharlow a analysé en profondeur l'arrêt *Moldowan* et l'historique législatif du par. 31(1). Bien qu'elle ait adhéré dans l'ensemble au raisonnement du juge Dickson, elle n'a pas souscrit à la partie de son analyse qui est en cause en l'espèce et qui a suscité des critiques. Elle indique ce qui suit au par. 71 :

> Selon l'approche du juge Dickson quant à la question de la combinaison, cette personne ne peut pas échapper à l'application de l'article 31, sauf s'il [*sic*] établit que son autre source de revenu est accessoire à l'agriculture. Mais, si elle peut établir cela, elle est probablement en mesure d'établir que l'agriculture est sa principale source de revenu.

[14] Selon la juge Sharlow, la règle jurisprudentielle formulée par le juge Dickson ne cadrait pas avec la méthode moderne d'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* appliquée par notre Cour. Au paragraphe 75, la juge a cité le passage suivant de l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 43 :

> La jurisprudence de notre Cour est constante : les tribunaux doivent par conséquent faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit d'attribuer au législateur, à l'égard d'une disposition claire de la Loi, une intention non explicite [. . .] En concluant à l'existence d'une intention non exprimée par le législateur sous couvert d'une interprétation fondée sur l'objet, l'on risque de rompre l'équilibre que le législateur a tenté d'établir dans la Loi.

[15] Concernant la question de la « combinaison », la juge Sharlow a souligné l'intelligibilité du sens grammatical ordinaire du mot qui, dans la langue courante, évoque une « addition » ou un « agrégat ». Après avoir ainsi interprété le mot « combinaison », elle a conclu comme suit au par. 83 :

> À mon avis, la question de la combinaison doit être interprétée de manière à n'exiger qu'un examen de l'effet cumulatif du total du capital investi dans l'agriculture et dans une deuxième source de revenu, du total du

income derived from farming and a second source of income, and the aggregate of the time spent on farming and on the second source of income, considered in the light of the taxpayer's ordinary mode of living, farming history, and future intentions and expectations.

Applying her interpretation of the combination test, Sharlow J.A. found that Mr. Gunn's chief source of income was a combination of farming and the practice of law. At para. 92, she stated:

For the reasons explained in the discussion above, I would have adopted a more generous interpretation of the combination question in section 31 that requires an aggregation of the various relevant economic factors (capital, income and time), leading to the conclusion that Mr. Gunn's chief source of income is a combination of farming and the practice of law.

[16] In the present case, Hershfield T.C.C.J. followed *Gunn*, allowed Mr. Craig's appeal and determined that the loss deduction limitation in s. 31(1) did not apply. The Federal Court of Appeal dismissed the Minister's appeal.

VI. Issues

[17] The main issue in this appeal is whether this Court should overrule *Moldowan*. Before dealing with that issue, however, it is necessary to address a preliminary concern raised by the Crown.

VII. Analysis

A. *Should the Tax Court and the Federal Court of Appeal Have Followed Moldowan or Gunn?*

[18] There is no doubt that Dickson J.'s interpretation of s. 13(1) in *Moldowan*, is a precedent binding on the Federal Court of Appeal and the Tax Court of Canada. While *Gunn* agreed with much of what Dickson J. wrote in *Moldowan*, on the crucial question of whether farming as a source of income

revenu tiré de l'agriculture et d'une deuxième source de revenu, et du total du temps consacré à l'agriculture et à la seconde source de revenu, compte tenu du mode de vie ordinaire du contribuable, de son expérience de l'agriculture, enfin de ses intentions et de ses attentes.

Appliquant son interprétation du critère relatif à la combinaison, la juge Sharlow a conclu que la principale source de revenu de M. Gunn était constituée de la combinaison de l'agriculture et de l'exercice de sa profession juridique. Elle s'est exprimée en ces termes au par. 92 :

Pour les motifs donnés dans mon analyse ci-dessus, j'aurais adopté une interprétation plus libérale de la question de la combinaison dont parle l'article 31, une interprétation qui commande d'agréger les divers facteurs économiques pertinents (capital, revenu et temps), et donc conclu que la principale source de revenu de M. Gunn est une combinaison de ses activités agricoles et juridiques.

[16] En l'espèce, le juge Hershfield de la C.C.I. a appliqué l'arrêt *Gunn*, accueilli l'appel de M. Craig et établi qu'il n'y avait pas lieu de limiter la déductibilité des pertes agricoles sous le régime du par. 31(1). La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel du ministre.

VI. Les questions en litige

[17] La principale question en litige en l'espèce est de savoir si notre Cour devrait écarter l'arrêt *Moldowan*. Avant d'examiner cette question cependant, il est nécessaire d'aborder une question préliminaire soulevée par le représentant du ministère public.

VII. Analyse

A. *Fallait-il que la Cour canadienne de l'impôt et la Cour d'appel fédérale suivent l'arrêt Moldowan ou qu'elles suivent l'arrêt Gunn?*

[18] Il ne fait aucun doute que l'interprétation du par. 13(1) faite par le juge Dickson dans *Moldowan* est un précédent ayant force obligatoire pour la Cour d'appel fédérale et la Cour canadienne de l'impôt. Bien que dans *Gunn* la Cour d'appel fédérale ait souscrit dans une large mesure aux motifs

could be subordinate to another source and still avoid the loss deduction limitation of s. 31(1), *Gunn* departed from *Moldowan*, a precedent binding on the Federal Court of Appeal.

[19] One of the fallouts from *Gunn* is that it left the Tax Court of Canada and the Federal Court of Appeal itself in the difficult position of facing two inconsistent precedents and having to decide which one to follow. The uncertainty which the application of precedent is intended to preclude is seen in the decisions since *Gunn*, in which the Tax Court has acknowledged *Moldowan* as the leading case while also feeling bound to follow *Gunn*: *Stackhouse v. R.*, 2007 TCC 146, [2007] 3 C.T.C. 2402; *Falkener v. R.*, 2007 TCC 514, [2008] 2 C.T.C. 2231; *Loyens v. R.*, 2008 TCC 486, [2009] 1 C.T.C. 2547; *Johnson v. The Queen*, 2009 TCC 383, 2009 D.T.C. 1245; *Scharfe v. The Queen*, 2010 TCC 39, 2010 D.T.C. 1078; and *Turbide v. The Queen*, 2011 TCC 371, 2011 D.T.C. 1347. And of course the Federal Court of Appeal followed *Gunn* in the instant case.

[20] It may be that *Gunn* departed from *Moldowan* because of the extensive criticism of *Moldowan*. Indeed, Dickson J. himself acknowledged that the section was "an awkwardly worded and intractable section and the source of much debate" (p. 482). Further, that provision had not come before the Supreme Court for review in the three decades since *Moldowan* was decided.

[21] But regardless of the explanation, what the court in this case ought to have done was to have written reasons as to why *Moldowan* was problematic, in the way that the reasons in *Gunn* did, rather than purporting to overrule it.

[22] The Federal Court of Appeal, on the basis of its prior decision in *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, in which that court reaffirmed the rule that it would normally be bound by its own previous decisions, followed *Gunn*, and not *Moldowan*. The application of *Miller* and the question of whether the Federal

du juge Dickson dans l'arrêt *Moldowan*, précédent qui la liait, elle s'en est écartée sur la question capitale de savoir si des activités agricoles constituant une source de revenu secondaire permettent d'échapper à la limitation de la déductibilité des pertes opérée par le par. 31(1).

[19] D'ailleurs, l'arrêt *Gunn* a notamment eu comme conséquence de poser à la Cour canadienne de l'impôt et à la Cour d'appel fédérale elle-même l'épineux problème d'avoir à choisir entre deux précédents contradictoires. On peut voir à l'œuvre, dans les décisions postérieures à *Gunn*, l'incertitude que l'application du précédent vise à éviter; la Cour canadienne de l'impôt a reconnu que l'arrêt *Moldowan* fait autorité, mais s'est sentie tenue de suivre *Gunn* : *Stackhouse c. La Reine*, 2007 CCI 146 (CanLII); *Falkener c. La Reine*, 2007 CCI 514 (CanLII); *Loyens c. La Reine*, 2008 CCI 486 (CanLII); *Johnson c. La Reine*, 2009 CCI 383 (CanLII); *Scharfe c. La Reine*, 2010 CCI 39 (CanLII); et *Turbide c. La Reine*, 2011 CCI 371 (CanLII). Et, bien sûr, la Cour d'appel fédéral a suivi *Gunn* dans la présente affaire.

[20] C'est peut-être en raison des nombreuses critiques suscitées par l'arrêt *Moldowan* que l'arrêt *Gunn* s'en est écarté. Du reste, le juge Dickson lui-même a reconnu que la disposition en cause était « un paragraphe difficile, mal formulé et très controversé » (p. 482). En outre, cette disposition n'a pas été soumise à l'examen de notre Cour pendant les trois décennies qui ont suivi *Moldowan*.

[21] Mais peu importe l'explication fournie, la cour d'appel en l'espèce se devait d'exposer dans ses motifs ce qu'elle considérait problématique dans *Moldowan*, comme elle l'avait fait dans *Gunn*, au lieu de l'écarter.

[22] Sur le fondement de son arrêt *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370 (CanLII), dans lequel elle a confirmé la règle portant qu'elle est normalement liée par ses propres décisions, la Cour d'appel fédérale a suivi *Gunn* et non *Moldowan*. La question de savoir si la Cour d'appel fédérale devait appliquer l'arrêt

Court of Appeal should have followed *Gunn* simply did not arise, in view of the *Moldowan* Supreme Court precedent.

[23] The Federal Court of Appeal's purported overruling of *Moldowan* does not, however, affect the merits of this appeal or the core question of whether *Moldowan* should in fact be overruled.

B. *Should This Court Overrule Moldowan?*

[24] The question of whether this Court should overrule one of its own prior decisions was addressed recently in *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3. At paragraph 56, Chief Justice McLachlin and LeBel J., in joint majority reasons, noted that overturning a precedent of this Court is a step not to be lightly undertaken. This is especially so when the precedent represents the considered views of firm majorities (para. 57).

[25] Nonetheless, this Court has overruled its own decisions on a number of occasions. (See *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1353, *per* Lamer C.J., for the majority; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683.) However, the Court must be satisfied based on compelling reasons that the precedent was wrongly decided and should be overruled. (See *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 665; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518, at p. 527; *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 S.C.R. 1092, at paras. 18-19; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44.)

[26] Courts must proceed with caution when deciding to overrule a prior decision. In *Queensland v. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585 (H.C.A.), at p. 599, Justice Gibbs articulated the required approach succinctly:

> No Justice is entitled to ignore the decisions and reasoning of his predecessors, and to arrive at his own judgment as though the pages of the law reports were blank, or as though the authority of a decision did not survive beyond the rising of the Court. A Justice,

Miller et suivre *Gunn* ne se posait tout simplement pas, compte tenu du précédent établi par la Cour suprême dans *Moldowan*.

[23] La décision de la Cour d'appel fédérale d'écarter l'arrêt *Moldowan* ne touche toutefois en rien le bien-fondé du pourvoi ni la question principale de savoir si l'arrêt *Moldowan* doit effectivement être écarté.

B. *Notre Cour devrait-elle écarter l'arrêt Moldowan?*

[24] Notre Cour a récemment examiné, dans *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, si elle devait écarter l'une de ses propres décisions. Au paragraphe 56, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel soulignent, dans leurs motifs conjoints pour la majorité, qu'il ne convient pas d'écarter un précédent à la légère. C'est particulièrement vrai lorsque le précédent exprime l'avis réfléchi de majorités claires (par. 57).

[25] Il est malgré tout arrivé à plusieurs reprises que la Cour écarte ses propres décisions. (Voir *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1353, le juge en chef Lamer pour la majorité; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683.) Il lui faut toutefois être convaincue, pour des raisons impérieuses, que la décision est erronée et qu'elle devrait être écartée. (Voir *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 665; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, p. 527; *Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092, par. 18-19; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44.)

[26] La prudence est de mise lorsqu'il s'agit de décider de rompre avec une décision antérieure. Dans *Queensland c. Commonwealth* (1977), 139 C.L.R. 585 (H.C.A.), p. 599, le juge Gibbs a articulé de façon concise l'approche qui s'impose:

> [TRADUCTION] Nul juge ne peut ignorer les décisions et le raisonnement de ses prédécesseurs et arriver à ses propres conclusions comme si la jurisprudence n'existait pas, ou qu'une décision cessait d'être opposable dès l'ajournement d'une session. Contrairement au

unlike a legislator, cannot introduce a programme of reform which sets at nought decisions formerly made and principles formerly established. It is only after the most careful and respectful consideration of the earlier decision, and after giving due weight to all the circumstances, that a Justice may give effect to his own opinions in preference to an earlier decision of the Court.

[27] The vertical convention of precedent is not at issue with respect to the decision as to whether the Supreme Court should overrule one of its own precedents. Rather, in making this decision the Supreme Court engages in a balancing exercise between the two important values of correctness and certainty. The Court must ask whether it is preferable to adhere to an incorrect precedent to maintain certainty, or to correct the error. Indeed, because judicial discretion is being exercised, the courts have set down, and academics have suggested, a plethora of criteria for courts to consider in deciding between upholding precedent and correcting error. (See *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 850-61; *Chaulk*, at p. 1353; *Henry*, at paras. 45-46.)

[28] In this case, I am of the opinion that relevant considerations justify overruling *Moldowan*. First, *Moldowan* essentially read the combination test out of s. 31(1). In finding that taxpayers in the second class were subject to the loss deduction limitation where farming as a source of income was a sideline or subordinate to another source of income, the necessary inference was that farming had to be the taxpayer's chief source of income. However, the section provides two distinct exceptions to its loss deduction limitation. One is where farming is the taxpayer's chief source of income. The second is where the taxpayer's chief source of income is a combination of farming and some other source of income. By requiring that the second exception apply only where the other source of income was subordinate to the farming source of income, *Moldowan* collapsed the second exception into the first. Having regard to the words of the provision, these are two separate exceptions to the loss deduction limitation and each must be given meaning.

législateur, le juge ne peut entreprendre une réforme qui réduit à néant les décisions antérieures et les principes établis précédemment. Ce n'est qu'après avoir examiné la décision antérieure de la cour le plus attentivement et le plus respectueusement possible, et après avoir dûment considéré toutes les circonstances, que le juge peut faire primer sa propre opinion sur elle.

[27] Lorsque la Cour suprême examine s'il y a lieu d'écarter l'une de ses propres décisions, ce n'est pas la convention verticale du précédent qui est en jeu. La Cour cherche plutôt alors à mettre en balance deux valeurs importantes, celles de la justesse et de la certitude. Elle doit déterminer s'il faut privilégier la certitude et maintenir un précédent erroné ou s'il faut rectifier l'erreur. Et, parce que cela suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, une multitude de critères ont été établis par les tribunaux ou proposés par les auteurs pour la résolution de cette alternative. (Voir *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 850-861; *Chaulk*, p. 1353; *Henry*, par. 45-46.)

[28] J'estime que les facteurs applicables en l'espèce justifient d'écarter l'arrêt *Moldowan*. Premièrement, *Moldowan* a essentiellement eu pour effet d'exclure du par. 31(1) le critère de la combinaison. Puisqu'il a établi que les contribuables de la deuxième catégorie sont assujettis à la limitation de la déductibilité des pertes agricoles lorsque l'agriculture est une entreprise ou une source de revenu secondaire, il faut nécessairement inférer que l'agriculture doit être la principale source de revenu du contribuable. La disposition législative prévoit pourtant deux exceptions distinctes à la limitation de la déduction pour pertes agricoles. L'une s'applique lorsque l'agriculture est la principale source de revenu du contribuable, et l'autre, lorsque l'agriculture, en combinaison avec une autre source de revenu, forme la principale source de revenu. En exigeant que la seconde exception ne s'applique que lorsque l'autre source de revenu est secondaire par rapport à l'agriculture, *Moldowan* l'a amalgamée à la première. Or, la disposition, telle qu'elle est formulée, crée deux exceptions distinctes à la limitation de la déductibilité des pertes agricoles, et il faut donner un sens à chacune d'elles.

[29] Second, there has been significant judicial, academic and other criticism of *Moldowan* from its issuance in 1977. In light of this criticism, it is appropriate for this Court to take notice and acknowledge the difficulties identified with the *Moldowan* interpretation of s. 31(1).

[30] Third, since *Moldowan*, this Court has held on a number of occasions that unexpressed legislative intention under the guise of purposive interpretation is to be avoided (*Shell*, at para. 43). There is no doubt that s. 31(1) is, as Dickson J. recognized, an awkwardly worded and intractable section and the source of much debate. Nonetheless, the section is clear that two distinct exceptions to the loss deduction limitation can be identified. A judge-made rule that reads one of the exceptions out of the provision is not consistent with the words used by Parliament.

[31] For these reasons I am of the respectful opinion that the *Moldowan* approach to the combination question is incorrect and that it is appropriate for this Court to revisit this aspect of the interpretation of s. 31.

C. *The Interpretation of Section 31(1)*

[32] I have explained why I am of the view that the interpretation of s. 31(1) in *Moldowan* cannot stand. It is therefore up to this Court now to approach the question afresh.

[33] While the *Moldowan* interpretation cannot stand, it is important to bear in mind that substituting a different combination test must not render s. 31(1) incapable of application. Dickson J. was mindful that a simple aggregation of two sources of income would yield just such a result. As he explained in *Moldowan*, at p. 487:

> It is clear that "combination" in s. 13 cannot mean simple addition of two sources of income for any taxpayer. That would lead to the result that a taxpayer could combine his farming loss with his most important other source of income, thereby constituting his chief

[29] Deuxièmement, d'importantes critiques, notamment judiciaires et doctrinales, ont été formulées au sujet de l'arrêt *Moldowan* depuis qu'il a été rendu en 1977. Il convient que notre Cour prenne en considération les problèmes relevés en rapport avec l'interprétation du par. 31(1) formulée dans cet arrêt.

[30] Troisièmement, depuis *Moldowan*, notre Cour a affirmé plus d'une fois qu'il fallait éviter de conclure à l'existence d'une intention non exprimée par le législateur sous couvert d'une interprétation téléologique (*Shell*, par. 43). Certes, le par. 31(1) est difficile, mal formulé et très controversé, comme le juge Dickson l'a reconnu. Mais l'article établit clairement l'existence de deux exceptions distinctes à la déductibilité limitée des pertes agricoles. Une règle jurisprudentielle excluant du par. 31(1) l'une des exceptions n'est pas conforme au libellé employé par le législateur.

[31] Pour ces motifs, j'estime respectueusement que la démarche relative à la question de la combinaison suivie dans l'arrêt *Moldowan* est incorrecte et qu'il convient que notre Cour réexamine l'interprétation de l'art. 31.

C. *L'interprétation du par. 31(1)*

[32] J'ai expliqué pourquoi je pense que l'interprétation du par. 31(1) faite dans *Moldowan* ne peut être maintenue. Il faut donc à présent que la Cour la reprenne du début.

[33] Bien que l'interprétation établie dans l'arrêt *Moldowan* doive être écartée, il faut garder à l'esprit que la formulation d'un nouveau critère relatif à la combinaison ne doit pas faire en sorte qu'il soit impossible d'appliquer le par. 31(1). Le juge Dickson avait conscience que la simple addition de deux sources de revenus produirait un tel résultat. Il a expliqué ce qui suit dans l'arrêt *Moldowan*, p. 487 :

> Il est clair que le mot « combinaison » utilisé à l'art. 13 ne vise pas la simple addition des deux sources de revenu d'un contribuable. En ce cas en effet, un contribuable pourrait combiner les pertes provenant de son exploitation agricole et sa plus importante source de

source. I do not think s. 13(1) can be properly so construed. Such a construction would mean that the limitation of the section would never apply and, in every case, the taxpayer could deduct the full amount of farming losses.

[34] In 1974, prior even to the decision in *Moldowan*, tax lawyer Brian Felesky grappled with the very matter that is at issue in this appeal, summarizing the history of judicial attempts to interpret s. 31(1) ("Hobby Farm Losses" in *Report of Proceedings of the Twenty-Sixth Tax Conference* (1974), 625). He concluded that the judicial approach to s. 31(1) was in the nature of an "occupation test". Under this test, the amount of capital, time, effort and commitment invested into the source of income, and the taxpayer's general emphasis on that source of income indicated whether that source of income was the chief source of income. As he explained, the *Income Tax Act* provides that a "source of income" is property, business, or employment, but the "chief source" is the property, business, or employment from which the taxpayer reasonably expects the bulk of his income to come.

[35] Dickson J.'s approach in *Moldowan* is somewhat similar, taking into account the taxpayers time spent, capital commitment and potential profitability. At p. 486, he stated:

> The distinguishing features of "chief source" are the taxpayer's reasonable expectation of income from his various revenue sources and his ordinary mode and habit of work. These may be tested by considering, *inter alia* in relation to a source of income, the time spent, the capital committed, the profitability both actual and potential.

[36] In *Gunn*, Sharlow J.A., also an experienced tax practitioner before her judicial career, adopted the same general approach as Mr. Felesky, although she does not label it an "occupation test". As noted above, she stated:

revenu, constituant de ce fait sa principale source. Je ne pense pas que ce soit la bonne interprétation du par. 13(1). En réalité, cela signifierait que la limite prévue à cet article ne serait jamais applicable et que, dans chaque cas, le contribuable pourrait déduire l'intégralité des pertes provenant de son exploitation agricole.

[34] En 1974, avant même que l'arrêt *Moldowan* soit rendu, l'avocat fiscaliste Brian Felesky s'était attaqué à la question précise qui se pose en l'espèce, et avait résumé les tentatives d'interprétation jurisprudentielle du par. 31(1) qui s'étaient succédées ("Hobby Farm Losses" dans *Report of Proceedings of the Twenty-Sixth Tax Conference* (1974), 625). Il a conclu que les tribunaux devaient, pour l'interprétation du par. 31(1), recourir à un cadre d'analyse s'apparentant à un [TRADUCTION] « critère de l'activité professionnelle ». Suivant un tel critère, le capital, le temps et les efforts qu'un contribuable a consacrés à une source de revenu ainsi que l'intérêt et l'importance générale qu'il y a attachés seraient indicatifs d'une source principale de revenu. Comme il l'a expliqué, la *Loi de l'impôt sur le revenu* établit qu'une « source de revenu » est un bien, une entreprise ou un emploi, mais la « principale source » s'entend du bien, de l'entreprise ou de l'emploi dont le contribuable s'attend raisonnablement à tirer la plus grande partie de son revenu.

[35] Le juge Dickson a tenu un raisonnement assez semblable dans *Moldowan*, prenant en compte les facteurs que sont le temps que le contribuable a consacré, les capitaux qu'il a engagés et la rentabilité future. Il a indiqué ce qui suit, p. 486 :

> Ce qui distingue la principale « source » de revenu du contribuable, c'est l'expectative raisonnable de revenu en provenance des diverses sources, ainsi que ses habitudes et sa façon coutumière de travailler. On peut analyser ces éléments, notamment à l'égard de chaque source de revenu, en examinant le temps consacré à celle-ci, les capitaux engagés et la rentabilité présente et future.

[36] Dans *Gunn*, la juge Sharlow, qui avait elle aussi exercé en droit fiscal avant d'accéder à la magistrature, a tenu le même raisonnement général que M. Felesky, mais sans lui donner le nom de « critère de l'activité professionnelle ». Tel qu'indiqué précédemment, elle explique :

In my view, the combination question should be interpreted to require only an examination of the cumulative effect of the aggregate of the capital invested in farming and a second source of income, the aggregate of the income derived from farming and a second source of income, and the aggregate of the time spent on farming and on the second source of income, considered in the light of the taxpayer's ordinary mode of living, farming history, and future intentions and expectations. This would avoid the judge-made test that requires farming to be the predominant element in the combination of farming with the second source of income, which in my view is a test that cannot stand with subsequent jurisprudence. It would result in a positive answer to the combination question if, for example, the taxpayer has invested significant capital in a farming enterprise, the taxpayer spends virtually all of his or her working time on a combination of farming and the other principal income-earning activity, and the taxpayer's day to day activities are a combination of farming and the other income-earning activity, in which the time spent in each is significant. [para. 83]

[37] All of these authorities support the idea that s. 31(1) does not contemplate a simple aggregation of two sources of income, but requires a wider inquiry into the amount of capital, time, effort, commitment and general emphasis on the part of the taxpayer with respect to the sources of income. There is no requirement that the two sources of income must be connected in order to meet the combination test.

[38] However, before going further, two considerations must be borne in mind. First, it is necessary to interpret the provision having regard to its text, context and purpose (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 55). Nonetheless, purposive interpretation cannot justify finding unexpressed legislative intentions. (See *Shell*, at para. 43.) Second, the question as to whether the combination of farming and some other source of income constitutes the taxpayer's chief source of income is a fact-based determination.

[39] I see nothing in the words or context in s. 31(1) to support the proposition that farming must be the predominant source of income when viewed in combination with another source, in order to avoid the loss deduction limitation of the section.

À mon avis, la question de la combinaison doit être interprétée de manière à n'exiger qu'un examen de l'effet cumulatif du total du capital investi dans l'agriculture et dans une deuxième source de revenu, du total du revenu tiré de l'agriculture et d'une deuxième source de revenu, et du total du temps consacré à l'agriculture et à la seconde source de revenu, compte tenu du mode de vie ordinaire du contribuable, de son expérience de l'agriculture, enfin de ses intentions et de ses attentes. On évitera ainsi d'appliquer le critère jurisprudentiel selon lequel l'agriculture doit être l'élément prédominant de la combinaison de l'agriculture et de la seconde source de revenu, un critère qui à mon avis a été mis à mal par la jurisprudence ultérieure. Il y aurait une réponse positive à la question de la combinaison si, par exemple, le contribuable a investi une somme appréciable dans une entreprise agricole, s'il consacre la quasi-totalité de son temps de travail à la fois à l'agriculture et à l'autre activité principale lucrative, et si ses activités quotidiennes combinent l'agriculture et l'autre activité lucrative, le temps consacré à chacune étant important. [par. 83]

[37] Toutes sources doctrinales et jurisprudentielles étayent l'idée que le par. 31(1) n'envisage pas simplement l'addition de deux sources de revenu mais exige un examen plus étendu du capital, du temps, des efforts que le contribuable a consacré à ses sources de revenu ainsi que de l'intérêt et de l'importance qu'il y attache. Le respect du critère de la combinaison n'exige pas que les deux sources de revenu soient reliées entre elles.

[38] Avant d'aller plus loin, cependant, deux observations s'imposent. Premièrement, la disposition doit s'interpréter en fonction de son texte, de son contexte et de son objet (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 55). L'interprétation téléologique ne saurait toutefois justifier de conclure à l'existence d'intentions législatives non exprimées. (Voir *Shell*, par. 43.) Deuxièmement, la question de savoir si la combinaison de l'agriculture et d'une autre source de revenu constitue la principale source de revenu d'un contribuable est tranchée en fonction des faits.

[39] Rien dans le libellé ou le contexte du par. 31(1) ne permet selon moi d'affirmer que, pour que la déductibilité des pertes agricoles ne soit pas limitée, il faut que, dans la combinaison avec une autre source de revenu, l'agriculture prédomine. Il

It is also not possible to relegate s. 31(1) to applying only to "hobby" or "gentleman" farmers because, for a loss to be deductable at all, farming must be a source of income. A taxpayer who is engaged in farming in a non-commercial manner, with no profit or intention to profit, does not have a source of income from farming and therefore no loss for income tax purposes, limited or not (*Stewart v. Canada*, 2002 SCC 46, [2002] 2 S.C.R. 645, at paras. 51-54).

[40] The provision is addressed to losses from farming businesses. There is no loss deduction limitation where farming is the taxpayer's chief source of income. That implies that such a taxpayer is investing significant funds and spending considerable time in that business. Otherwise, it is difficult to see such a business as a chief source of income.

[41] I do not think that characterization of farming changes under the combination test. The provision still contemplates that the taxpayer will devote significant time and resources to the farming business, even if he or she will also devote significant time and possibly resources to another business or employment. It seems to me that, as long as the taxpayer devotes considerable time and resources to the farming business, the fact that another source of income produces greater income than the farm does not mean that such a combination is not a chief source of income for the taxpayer.

[42] The approach to the combination question described by Mr. Felesky, Dickson J. and Sharlow J.A., makes sense. It is grounded in the words of s. 31(1), which limits only a taxpayer's losses "from all farming businesses" where the taxpayer's chief source of income for a taxation year is neither farming nor a combination of farming and some other source of income. With respect to the combination, a simple aggregation of income from two sources cannot have been contemplated by the section, meaning that factors other than two sources of income alone must be taken into account. The

n'est pas non plus possible de restreindre l'application du par. 31(1) aux contribuables pour qui l'agriculture n'est qu'un « passe-temps » ou un « loisir », parce que, pour qu'une perte agricole soit déductible, il faut d'abord que l'agriculture soit une source de revenu. Or, du point de vue fiscal, elle n'est pas une source de revenu si les activités agricoles du contribuable ne sont pas commerciales, ne génèrent pas de profit ou ne visent pas la réalisation d'un profit, de sorte qu'il ne peut y avoir perte agricole, limitée ou non (*Stewart c. Canada*, 2002 CSC 46, [2002] 2 R.C.S. 645, par. 51-54).

[40] La disposition concerne les pertes d'entreprises agricoles. Leur déductibilité n'est pas limitée lorsque l'agriculture est la principale source de revenu du contribuable; cela suppose que celui-ci y consacre des capitaux substantiels et beaucoup de temps, car il est difficile, autrement, de considérer une telle entreprise comme une source principale de revenu.

[41] Je ne crois pas que le critère de la combinaison modifie cette définition de l'activité agricole. On voit encore dans la disposition que le contribuable doit consacrer beaucoup de temps et de ressources à l'entreprise agricole, même s'il doit également consacrer un temps appréciable et, peut-être, des ressources substantielles à une autre entreprise ou un emploi. Dès lors que le contribuable consacre beaucoup de temps et de ressources à l'entreprise agricole, le fait qu'une autre source de revenu soit plus lucrative ne signifie pas, il me semble, que le revenu du contribuable ne provient pas principalement d'une telle combinaison.

[42] Cette conception de la combinaison exposée par M. Felesky et par les juges Dickson et Sharlow est logique. Elle est fondée sur le texte du par. 31(1), qui ne limite les pertes d'un contribuable « provenant de toutes les entreprises agricoles » que lorsque son revenu pour une année d'imposition ne provient principalement ni de l'agriculture ni d'une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source. Relativement à la combinaison, la disposition n'a pu l'envisager comme la simple addition de revenus provenant de deux sources, de sorte que d'autres facteurs que les deux sources doivent aussi

factors identified by Sharlow J.A., namely, the capital invested in farming and the second source of income, the income from each of the two sources of income, the time spent on the two sources of income, and the taxpayer's ordinary mode of living, farming history, and future intentions and expectations, are all factors involved in running a farming business together with another source of income. If these factors tend to show that the taxpayer places significant emphasis on both his farming and non-farming sources of income, there is no reason that such a combination should not constitute a chief source of income, avoiding the application of the loss deduction limitation of s. 31(1). The determination is a factual one for the trial judge.

[43] Such an interpretation is consistent with the general policy of the *Income Tax Act* that, subject to specific exceptions, taxpayers may offset losses from one business or source of income against profits from another without limitation (*Gunn*, at para. 20, citing *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, at para. 53). The only restriction in the case of farming losses is that the combination must constitute the taxpayer's chief source of income. This does not imply that either source of income by the taxpayer need be the predominant source. But it does imply that they must be significant endeavours of the taxpayer.

VIII. Application

[44] For s. 31 to apply and for a farming loss to be deductible at all, farming must be a source of income. At trial, the Crown conceded that Mr. Craig's horse-racing operation was a business, as opposed to a personal endeavour, on the test articulated in *Stewart*. Accordingly, the trial judge did not have to engage in a *Stewart* analysis of the facts to determine whether Mr. Craig's horse-racing operation was a source of income, but accepted that it was a business and not a personal endeavour

entrer en ligne de compte. Ceux qu'a énumérés la juge Sharlow, à savoir le capital investi dans l'agriculture et dans la deuxième source de revenu, le revenu tiré de chacune de ces sources de revenu, le temps consacré aux deux sources de revenu et le mode de vie ordinaire du contribuable, son expérience de l'agriculture et ses intentions et attentes, sont tous des facteurs que l'on retrouve lorsqu'un contribuable exploite une entreprise agricole en ayant une autre source de revenu. Si ces facteurs tendent à démontrer que le contribuable accorde une importance considérable tant à son entreprise agricole qu'aux sources de revenu non agricoles, il n'y a pas de raison de considérer qu'une telle combinaison ne constitue pas une source principale de revenu permettant d'échapper à la déductibilité limitée des pertes agricoles prévue au par. 31(1). Il s'agit d'une appréciation factuelle relevant du juge de première instance.

[43] Cette interprétation est conforme à l'économie générale de la *Loi de l'impôt sur le revenu* suivant laquelle, sous réserve de certaines exceptions précises, le contribuable peut déduire les pertes afférentes à une entreprise ou à une source de revenu des profits tirés d'une autre entreprise ou source de revenu (*Gunn*, par. 20, renvoyant à *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, par. 53). En cas de pertes agricoles, la seule restriction est que le revenu du contribuable provienne principalement de la combinaison. Cela ne veut pas dire que l'une ou l'autre source de revenu doive prédominer, mais cela suppose qu'elles doivent constituer des activités importantes du contribuable.

VIII. Application

[44] Pour que l'art. 31 s'applique et pour qu'une perte agricole soit déductible, il faut d'abord que l'agriculture soit une source de revenu. En première instance, le ministère public a reconnu que, compte tenu du critère formulé dans *Stewart*, l'exploitation de chevaux de course constituait une entreprise et non une activité personnelle. Le juge n'avait donc pas à effectuer l'analyse des faits requise par *Stewart* pour déterminer si cette exploitation constituait une source de revenu, et il a reconnu

(paras. 41-42). I see no reason to disturb this conclusion.

[45] Since the horse-racing activities were a source of income, it remains to determine whether to apply the loss deduction limitation in s. 31(1). Taking a contextual approach to the combination question, the relevant factors to consider are the capital invested in farming and the second source of income; the income from each of the two sources of income; the time spent on the two sources of income; and the taxpayer's ordinary mode of living, farming history, and future intentions and expectations. The approach must be flexible, recognizing that not each factor need be significant. The question is whether, looking at these factors together, the taxpayer places significant emphasis on each of the farming business and other earning activity; and if so, the combination will constitute a chief source of income and avoid the loss deduction limitation of s. 31(1).

[46] Hershfield T.C.C.J. found that the relevant factors, other than demonstrated profitability, clearly pointed to Mr. Craig's farming business being more than a sideline business (para. 76). Even though Mr. Craig derived his principal income from the practice of law and the total hours spent at his law practice exceeded that devoted to the farming business, he devoted both a material amount of capital and a very significant part of his daily work routine to the farming business (para. 76). Hershfield T.C.C.J. found that the horse-racing business was pursued as a major business preoccupation. Mr. Craig's mornings, evenings and weekends were consumed by a dedication to enhancing the potential profitability of the operation, which was more than a distraction from his normal mode of living or an entertainment or sport (para. 76). Further, Mr. Craig was involved in his farming business beyond the stable and track. Hershfield T.C.C.J. gave weight to the fact that Mr. Craig was an active member of and contributor to the community of standard-bred racing (para. 77). He worked

qu'elle constituait une entreprise et non pas une activité personnelle (par. 41-42). Je ne vois nulle raison de modifier cette conclusion.

[45] Puisque les activités relatives aux courses de chevaux constituaient une source de revenu, il reste à déterminer s'il y a lieu d'appliquer le par. 31(1) et de limiter la déductibilité des pertes agricoles. Les facteurs à prendre en compte dans l'analyse contextuelle de la question de la combinaison sont le capital investi dans l'entreprise agricole et dans la deuxième source de revenu, le revenu tiré de chacune des deux sources, le temps consacré aux deux sources de revenu et le mode de vie ordinaire du contribuable, son expérience de l'agriculture et ses intentions et attentes. La démarche doit rester souple et reconnaître que certains facteurs peuvent ne pas être importants. L'examen de l'ensemble de ces facteurs permettra au juge de déterminer si le contribuable accorde une importance significative à l'entreprise agricole et à l'autre activité lucrative; si c'est le cas, son revenu proviendra principalement de la combinaison de ces activités de sorte que la déductibilité des pertes agricoles ne sera pas limitée en application du par. 31(1).

[46] Le juge Hershfield de la C.C.I. a conclu que les facteurs pertinents autres que celui de la rentabilité établie indiquaient clairement que l'entreprise agricole de M. Craig était plus qu'une entreprise secondaire (par. 76). Même si la principale source de revenu de M. Craig provenait de l'exercice du droit et que le nombre d'heures total qu'il y consacrait était supérieur au temps consacré à son entreprise agricole, il investissait des capitaux importants dans cette entreprise et une grande partie de son travail quotidien y passait (par. 76). Le juge Hershfield a conclu que l'entreprise de course de chevaux était une préoccupation majeure sur le plan des affaires; M. Craig passait ses matinées, soirées et fins de semaine à chercher à en accroître la rentabilité future. L'entreprise n'était pas qu'un exutoire à son mode de vie normal, ni un divertissement ou un sport (par. 76). En outre, l'intérêt que portait M. Craig à son entreprise agricole ne se limitait pas à l'écurie et aux pistes de course. Le juge Hershfield a pris en compte le fait que M. Craig était un membre actif du monde des courses

to improve the integrity of standard-bred racing so as to improve the potential profitability of his operation. His knowledge of the horse-racing competitions that were important for profitability was sufficient to place him as chairperson of the industry's appeal board (para. 77). For these reasons, Hershfield T.C.C.J. determined that the horse-racing operation was a chief source of income on the basis of its contribution to the combination test in s. 31(1).

[47] Having considered the relevant factors, Hershfield T.C.C.J. found that farming, in combination with Mr. Craig's law practice, was a chief source of income, and that the loss deduction limitation in s. 31(1) did not apply to the facts. There is no basis for this Court to disturb Hershfield T.C.C.J.'s factual conclusion and his finding that the loss deduction limitation was not applicable.

IX. Conclusion

[48] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

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

Solicitors for the respondent: Goodmans, Toronto.

de chevaux standardbred et y apportait sa contribution (par. 77). Il cherchait à améliorer l'intégrité de ces courses afin d'accroître la rentabilité future de ses activités. Sa connaissance des compétitions importantes pour la rentabilité était suffisante pour lui permettre de devenir président de la commission d'appel de l'industrie (par. 77). Pour ces motifs, le juge Hershfield a estimé que les activités liées aux courses de chevaux constituaient, en fonction du critère de la combinaison prévu au par. 31(1), une source principale de revenu du contribuable.

[47] Après examen des facteurs pertinents, le juge Hershfield de la C.C.I. a conclu que le revenu de M. Craig provenait principalement de la combinaison de l'agriculture et de sa profession juridique et que la limitation de la déductibilité des pertes agricoles opérée par le par. 31(1) ne s'appliquait pas compte tenu des faits. Rien ne justifie que notre Cour modifie la conclusion factuelle tirée par le juge Hershfield ni sa conclusion que la disposition limitant les pertes agricoles déductibles n'était pas applicable.

IX. Conclusion

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

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

Procureurs de l'intimé : Goodmans, Toronto.

Riccardo Bellusci *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. *v.* BELLUSCI

2012 SCC 44

File No.: 34054.

2012: February 16; 2012: August 3.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Stay of proceedings — Accused prisoner and prison guard both suffering injuries as a result of altercation — Accused charged with assault and intimidation of a justice system participant — Trial judge acquitting accused of assault charges and staying charge of intimidation of a justice system participant on ground that his s. 7 Charter rights had been breached — Whether stay of proceedings was a proper remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Court of Appeal overturning stay of proceedings entered by trial judge and remitting matter back to trial court for continuation of trial — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's decision to grant stay — Whether Court of Appeal has power to order continuation of trial — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(4), (8).

B, a prisoner, was charged with assault causing bodily harm, assault of a peace officer and intimidating a justice system participant following an altercation with

Riccardo Bellusci *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* BELLUSCI

2012 CSC 44

N° du greffe : 34054.

2012 : 16 février; 2012 : 3 août.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Arrêt des procédures — Blessures subies par un détenu accusé et par un agent de détention lors d'une altercation — Accusations de voies de fait et d'intimidation d'une personne associée au système judiciaire — Acquittement de l'accusé en première instance à l'égard des accusations de voies de fait et arrêt des procédures ordonné par le juge du procès relativement au chef d'intimidation en raison de l'atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la Charte — L'arrêt des procédures constituait-il une réparation convenable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Annulation par la Cour d'appel de l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès et renvoi de l'affaire au tribunal de première instance pour la continuation du procès — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de modifier la décision du juge du procès d'ordonner l'arrêt des procédures? — Avait-elle le pouvoir d'ordonner la continuation du procès? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(4), (8).

Des accusations ont été portées contre B, un détenu, pour voies de fait causant des lésions corporelles, voies de fait contre un agent de la paix et acte d'intimidation

A, a prison guard, during which both men suffered injuries. The trial judge acquitted B of both charges of assault and entered a stay of proceedings on the charge of intimidating a justice system participant on the ground that B's rights under s. 7 of the *Charter* had been violated. The Court of Appeal quashed the stay and remitted the matter to the trial court for continuation of B's trial.

Held: The appeal should be allowed and the stay of proceedings entered by the trial judge should be restored.

Section 24(1) of the *Charter* vests in trial judges broad discretion in granting "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". It is well established that remedies granted by trial judges under s. 24(1) should be disturbed on appeal only where trial judges misdirect themselves or their decision is so clearly wrong as to amount to an injustice. Absent an error of law or reviewable finding of fact, appellate courts must defer to the broad discretion vested in trial judges by s. 24(1) of the *Charter*.

The trial judge in this case carefully and correctly considered all the relevant principles. He assessed the gravity of the prejudice and explained why he thought alternative remedies were inadequate. He did not misdirect himself on the applicable law or commit a reviewable error of fact. His exercise of discretion to grant a stay of proceedings was not so clearly wrong as to amount to an injustice. It is clear from his analysis that he felt that the *Charter* breach in issue here fell within the "residual" and "exceptional" category of cases where the misconduct was so egregious that the mere fact of going forward in the light of it will be offensive. Having found that B had been provoked and subjected by a state actor to intolerable physical and psychological abuse, it was open to the trial judge to stay the proceedings against him. Appellate intervention in these circumstances was therefore unwarranted.

A court of appeal, upon setting aside a stay of proceedings, may in appropriate circumstances remit the matter to the trial court for continuation of the trial, pursuant to ss. 686(4) and 686(8) of the *Criminal Code*. In allowing an appeal and setting aside an acquittal or

contre une personne associée au système judiciaire, A, un agent de détention, par suite d'une altercation au cours de laquelle les deux hommes ont été blessés. Le juge du procès a acquitté B des deux accusations de voies de fait et ordonné l'arrêt des procédures quant à celle d'intimidation d'une personne associée au système judiciaire parce qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis à B par l'art. 7 de la *Charte*. La Cour d'appel du Québec a annulé l'arrêt des procédures et renvoyé l'affaire au tribunal de première instance pour la continuation du procès de B.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès est rétabli.

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* confère au juge du procès un pouvoir discrétionnaire étendu en ce qui a trait à l'octroi de « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Il est bien établi que la réparation accordée en première instance sur le fondement du par. 24(1) ne doit être réformée en appel que si le juge du procès s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice. Sauf erreur de droit ou conclusion de fait susceptible de contrôle, la cour d'appel doit déférer à l'exercice du vaste pouvoir discrétionnaire que confère au juge de première instance le par. 24(1) de la *Charte*.

Dans la présente affaire, le juge du procès a examiné soigneusement et correctement tous les principes applicables. Il a évalué la gravité du préjudice et précisé en quoi les autres réparations possibles lui paraissaient inadéquates. Il n'a pas pris appui sur des considérations erronées quant au droit applicable ni commis d'erreur de fait susceptible de contrôle. L'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'arrêt des procédures n'était pas non plus erroné au point de créer une injustice. Il appert de la teneur de son analyse que, pour lui, l'atteinte aux droits constitutionnels considérée en l'espèce fait partie des cas « résiduels » et « exceptionnels » où la conduite reprochée est si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant. Une fois arrivé à la conclusion que B avait été provoqué par un représentant de l'État puis soumis par ce dernier à un abus physique et psychologique intolérable, le juge du procès pouvait ordonner l'arrêt des procédures engagées contre B. L'intervention en appel était donc injustifiée dans les circonstances.

La cour d'appel qui annule un arrêt des procédures peut, lorsque les circonstances s'y prêtent, renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en vue de la continuation du procès, et ce, en application des par. 686(4) et (8) du *Code criminel*. En accueillant l'appel et

a stay of proceedings, the court exercises a power under s. 686(4). An appellate court need not order a new trial or enter a verdict of guilty in order to trigger the application of s. 686(8), which depends only on the exercise of any of the powers conferred by s. 686(4).

Cases Cited

Referred to: *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Walcott* (2008), 57 C.R. (6th) 223; *R. v. Maskell*, 2011 ABPC 176, 512 A.R. 372; *R. v. Jackson*, 2011 ONCJ 228, 235 C.R.R. (2d) 289; *R. v. Mohmedi*, 2009 ONCJ 533, 72 C.R. (6th) 345; *R. v. J.W.*, 2006 ABPC 216, 398 A.R. 374; *R. v. R.L.F.*, 2005 ABPC 28, 373 A.R. 114; *R. v. Wiscombe*, 2003 BCPC 418 (CanLII); *R. v. Murphy* (2001), 29 M.V.R. (4th) 50; *R. v. Spannier*, 1996 CanLII 978; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *R. v. Yelle*, 2006 ABCA 276, 397 A.R. 287; *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385; *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 423.1(1)(*b*), (2)(*a*), 686(4), (8).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morissette, Giroux and Gagnon JJ.A.), 2010 QCCA 2118, 83 C.R. (6th) 388, [2010] Q.J. No. 11919 (QL), 2010 CarswellQue 15627, upholding the accused's acquittal on assault charges and setting aside the stay of proceedings entered on charges of intimidating a justice system participant by Legault J., 2008 QCCQ 21567, [2008] J.Q. nº 24115 (QL), 2008 CarswellQue 15028. Appeal allowed and stay of proceedings restored.

Francis Pilotte and *Henri-Pierre Labrie*, for the appellant.

Carole Lebeuf and *Michel Pennou*, for the respondent.

Louis Belleau, as *amicus curiae*.

James K. Stewart and *Robert Gattrell*, for the intervener.

en annulant l'acquittement ou l'arrêt des procédures, la cour exerce un pouvoir conféré au par. 686(4). La cour d'appel n'a pas à ordonner un nouveau procès ni à consigner un verdict de culpabilité pour que s'applique le par. 686(8), ce qui ne dépend que de l'exercice de l'un ou l'autre des pouvoirs conférés au par. 686(4).

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Walcott* (2008), 57 C.R. (6th) 223; *R. c. Maskell*, 2011 ABPC 176, 512 A.R. 372; *R. c. Jackson*, 2011 ONCJ 228, 235 C.R.R. (2d) 289; *R. c. Mohmedi*, 2009 ONCJ 533, 72 C.R. (6th) 345; *R. c. J.W.*, 2006 ABPC 216, 398 A.R. 374; *R. c. R.L.F.*, 2005 ABPC 28, 373 A.R. 114; *R. c. Wiscombe*, 2003 BCPC 418 (CanLII); *R. c. Murphy* (2001), 29 M.V.R. (4th) 50; *R. c. Spannier*, 1996 CanLII 978; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *R. c. Yelle*, 2006 ABCA 276, 397 A.R. 287; *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385; *R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 423.1(1)*b*), (2)*a*), 686(4), (8).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morissette, Giroux et Gagnon), 2010 QCCA 2118, 83 C.R. (6th) 388, [2010] J.Q. nº 11919 (QL), 2010 CarswellQue 12408, qui a confirmé la décision du juge Legault d'acquitter l'accusé relativement aux voies de fait, mais qui a annulé sa décision d'ordonner l'arrêt des procédures relativement à l'intimidation d'une personne associée au système judiciaire, 2008 QCCQ 21567, [2008] J.Q. nº 24115 (QL), 2008 CarswellQue 15028. Pourvoi accueilli et arrêt des procédures rétabli.

Francis Pilotte et *Henri-Pierre Labrie*, pour l'appelant.

Carole Lebeuf et *Michel Pennou*, pour l'intimée.

Louis Belleau, en qualité d'*amicus curiae*.

James K. Stewart et *Robert Gattrell*, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

[1] This appeal concerns a prisoner and a prison guard who both suffered injuries during the transportation of the prisoner by the prison guard between the court house in Montréal and a penitentiary in nearby Laval.

[2] The prisoner was charged as a result with assault causing bodily harm, assault of a peace officer and intimidation of a justice system participant. The appellant, Riccardo Bellusci, was the prisoner. And the alleged victim, in all three cases, was the prison guard, Michel Asselin.

[3] Mr. Bellusci was acquitted at trial of both charges of assault, and his acquittals are not in issue before us.

[4] This appeal relates solely to the charge of intimidation. The trial judge found that Mr. Bellusci's guilt on that count had been established by the Crown. He nonetheless declined to enter a conviction on the ground that Mr. Bellusci's rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated (2008 QCCQ 21567 (CanLII)).

[5] Mr. Bellusci stood charged with uttering threats to a prison guard who had *recklessly provoked him* and then, in response to the threats, *grievously assaulted him* while he was chained, shackled, handcuffed and defenceless — in the prison guard's custody. For this egregious breach of his constitutional rights, Mr. Bellusci was entitled under s. 24(1) of the *Charter* to a constitutional remedy.

[6] Section 24(1) of the *Charter* vests in trial judges broad discretion in granting, according to its terms, "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". After considering lesser alternatives, the trial judge concluded that nothing short of a stay of proceedings would

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] Dans la présente affaire, un détenu et un agent de détention ont tous deux subi des blessures au cours du transport du premier par le second entre le palais de justice de Montréal et un établissement pénitentiaire situé en banlieue, à Laval.

[2] Le détenu et appelant en l'espèce, Riccardo Bellusci, a été accusé de voies de fait causant des lésions corporelles, de voies de fait contre un agent de la paix et d'acte d'intimidation contre une personne associée au système judiciaire. Dans les trois cas, la présumée victime était l'agent de détention, Michel Asselin.

[3] Au procès, M. Bellusci a été acquitté des deux accusations de voies de fait, et ces acquittements ne sont plus contestés.

[4] Le pourvoi ne porte que sur l'accusation d'intimidation. Le juge du procès conclut que le ministère public a établi la culpabilité de M. Bellusci quant à ce chef, mais il refuse de l'en déclarer coupable au motif que ses droits garantis à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été violés (2008 QCCQ 21567 (CanLII)).

[5] M. Bellusci a été accusé de menaces proférées à l'endroit d'un agent de détention qui *l'avait provoqué témérairement* et qui, en réponse à ces menaces, *l'avait gravement agressé* alors qu'il était confié à sa garde, enchaîné, menotté, entravé aux pieds et sans défense. Vu cette atteinte inadmissible à ses droits constitutionnels, M. Bellusci avait droit à une réparation constitutionnelle en application du par. 24(1) de la *Charte*.

[6] Cette disposition confère au juge du procès un pouvoir discrétionnaire étendu en ce qui a trait à l'octroi, selon son libellé, de « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Après examen de solutions moins drastiques, le juge conclut que seul l'arrêt des

be an appropriate and just remedy in the exceptional circumstances of this case.

[7] In exercising his discretion as he did, the trial judge committed no error of law, nor any reviewable error of fact. His conclusion was not manifestly unjust, within the meaning of the governing authorities.

[8] On an appeal by the Crown, the Quebec Court of Appeal nonetheless quashed the stay and remitted the matter to the trial court for continuation of Mr. Bellusci's trial (2010 QCCA 2118 (CanLII)). For the reasons that follow, I believe the Court of Appeal erred in setting aside the stay of proceedings entered at trial.

[9] This alone is sufficient to allow Mr. Bellusci's appeal to this Court against the judgment of the Court of Appeal, and to restore the stay of proceedings entered by the trial judge.

[10] It is thus unnecessary, in order to dispose of the appeal, for us to consider a second question raised by the appellant, with leave of the Court. And the question is this: Was the Court of Appeal entitled, upon setting aside the stay, to order *continuation of the proceedings before the trial court*, or was it bound instead to order *a new trial*?

[11] This is an important issue, not previously resolved by the Court. It was thoroughly canvassed by both parties, by the *amicus curiae*, and by the intervener as well. In these circumstances, I think it appropriate to provide guidance on the issue for the benefit of appellate courts before which it is bound to arise as an actual — and not theoretical — matter.

II

[12] On May 15, 2007, Mr. Bellusci was a prisoner being transported in a van driven by Mr. Asselin.

[13] The Crown alleged that Mr. Bellusci, on that occasion, assaulted Mr. Asselin without

procédures constitue une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances exceptionnelles de l'espèce.

[7] Cet exercice du pouvoir discrétionnaire conféré n'est pas entaché d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait susceptible de contrôle. La conclusion du juge du procès n'est pas manifestement injuste au sens de la jurisprudence applicable.

[8] Saisie d'un appel interjeté par le ministère public, la Cour d'appel du Québec a néanmoins annulé l'arrêt des procédures et renvoyé l'affaire à la cour de première instance en vue de la continuation du procès de M. Bellusci (2010 QCCA 2118, 83 C.R. (6th) 388). Pour les motifs qui suivent, j'estime que la Cour d'appel a eu tort d'annuler l'arrêt des procédures.

[9] Ce seul motif suffit pour que notre Cour accueille le pourvoi et rétablisse l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès.

[10] Il n'est donc pas nécessaire, pour statuer sur le pourvoi, d'examiner la deuxième question soulevée par l'appelant avec l'autorisation de la Cour. Cette seconde question est la suivante. La Cour d'appel avait-elle le pouvoir, lorsqu'elle a annulé l'arrêt des procédures, d'ordonner la *continuation du procès devant la cour de première instance*, ou devait-elle plutôt ordonner *un nouveau procès*?

[11] Il s'agit d'une question importante jamais tranchée par la Cour. Elle fait l'objet d'exposés fouillés de la part des deux parties, de l'*amicus curiae* et de l'intervenant. Il me paraît donc opportun d'offrir aux cours d'appel des repères qui leur permettront de statuer sur la question lorsqu'elle se posera bel et bien, et non seulement de façon théorique.

II

[12] Le 15 mai 2007, au volant d'un fourgon cellulaire, M. Asselin a assuré le transport de détenus, dont M. Bellusci.

[13] Le ministère public a prétendu que M. Bellusci avait alors agressé M. Asselin sans avoir

provocation and threatened to rape his wife and children. Mr. Bellusci admitted the threats but contended that Mr. Asselin *had in fact assaulted him.*

[14] The trial judge was left with a reasonable doubt whether Mr. Bellusci had assaulted Mr. Asselin, but he was satisfied that Mr. Bellusci had threatened to sexually assault Mr. Asselin's wife and children. The judge therefore acquitted Mr. Bellusci of the assault charges, but found that Mr. Bellusci was guilty of intimidating Mr. Asselin, a justice system participant.

[15] However, the trial judge was persuaded, on a balance of probabilities, that the encounter in the prison van had unfolded as follows: (a) Mr. Bellusci had subjected Mr. Asselin [TRANSLATION] "to verbal attacks that were abusive, insulting and crude" (para. 26); (b) Mr. Asselin had placed Mr. Bellusci in danger by disclosing to the other prisoners in the van that Mr. Bellusci was a rapist; (c) Mr. Bellusci then, in response, threatened to rape Mr. Asselin's wife and children; (d) Mr. Asselin was injured when, as he was opening the cell door, Mr. Bellusci forced it upon him; and (e) Mr. Asselin then assaulted and injured Mr. Bellusci, who was at the time, chained, handcuffed and shackled in a secure cell in the prison van.

[16] On the basis of these findings — which are not in dispute — the trial judge held that Mr. Bellusci's constitutional rights under s. 7 of the *Charter* had been violated. It would shock informed members of the public to enter a conviction against Mr. Bellusci for having uttered verbal threats recklessly provoked and unlawfully punished *by the prison guard to whom the threats had been made.* After considering other available remedies, including a reduction of sentence and the possibility of legal or disciplinary proceedings against Mr. Asselin, the trial judge held that a stay of proceedings was the only appropriate remedy in the unusual and troubling circumstances of this case.

été provoqué par celui-ci, et qu'il avait menacé de violer l'épouse et les enfants de l'agent de détention. M. Bellusci a reconnu avoir proféré les menaces, mais il a soutenu que M. Asselin *l'avait en fait agressé.*

[14] À l'issue du procès, un doute raisonnable a subsisté dans l'esprit du juge quant à savoir si M. Bellusci avait agressé M. Asselin, mais il s'est dit convaincu que M. Bellusci avait menacé d'agresser sexuellement l'épouse et les enfants de M. Asselin. Il a donc acquitté M. Bellusci des accusations de voies de fait, mais il l'a jugé coupable d'intimidation d'une personne associée au système judiciaire.

[15] Toutefois, le juge du procès a acquis la conviction, suivant la prépondérance des probabilités, que les incidents survenus dans le fourgon cellulaire s'étaient déroulés de la manière suivante : a) M. Bellusci s'est livré « à des attaques verbales abusives, insultantes et grossières » (par. 26) à l'endroit de M. Asselin, b) ce dernier a compromis la sécurité de M. Bellusci en dévoilant aux autres détenus à bord du fourgon cellulaire que M. Bellusci était un violeur, c) en réaction à ce dévoilement, M. Bellusci a menacé de violer l'épouse et les enfants de M. Asselin, d) celui-ci a été blessé alors qu'il a entrepris d'ouvrir la cellule du fourgon et que M. Bellusci a violemment repoussé la porte sur lui et e) M. Asselin a ensuite agressé et blessé M. Bellusci, qui était alors enchaîné, menotté et entravé aux pieds dans une cellule du fourgon.

[16] Sur le fondement de ces conclusions, qui ne sont pas contestées, le juge du procès conclut à l'atteinte aux droits constitutionnels de M. Bellusci garantis à l'art. 7 de la *Charte.* Déclarer M. Bellusci coupable d'avoir proféré des menaces alors qu'il l'a fait consécutivement à une provocation téméraire et qu'il a ensuite été illégalement puni *par l'agent de détention visé par les menaces* choquerait la conscience de citoyens renseignés. Après avoir examiné les autres réparations possibles, dont la diminution de la peine et la possibilité d'engager une instance judiciaire ou disciplinaire contre M. Asselin, le juge du procès conclut que l'arrêt des procédures est la seule réparation convenable dans les circonstances inhabituelles et troublantes de l'espèce.

III

[17] It is well established that a trial judge's order under s. 24(1) of the *Charter* should be disturbed on appeal "only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice": *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 117; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 87.

[18] That this is the appropriate standard of review was unanimously reaffirmed by the Court, citing *Regan*, in *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651 (Rothstein J., at para. 15; Fish J., at para. 51). Speaking for myself and Justices Binnie and Abella, dissenting in the result, I elaborated as follows on the agreed standard of review:

> On an application under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, once an infringement has been established, the trial judge must grant "such remedy as [is] appropriate and just in the circumstances". The remedy granted must vindicate the rights of the claimant, be fair to the party against whom it is ordered, and consider all other relevant circumstances. Appellate courts may interfere with a trial judge's exercise of discretion only if the trial judge has erred in law or rendered an unjust decision. This is particularly true of remedies granted by trial judges under s. 24(1) of the *Charter*, which by its very terms confers on trial judges the *widest possible discretion*. Finally, appellate courts must take particular care not to substitute their own exercise of discretion for that of the trial judge merely because they would have granted a more generous or more limited remedy. [Emphasis in original; para. 42.]

[19] Accordingly, the outcome of this appeal depends on whether the trial judge misdirected himself in law, committed a reviewable error of fact or rendered a decision that is "so clearly wrong as to amount to an injustice". In my view, his decision suffers from none of these fatal flaws.

III

[17] Il est bien établi que l'ordonnance rendue en première instance sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte* ne doit être réformée par une cour d'appel « que si [le juge du procès] s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice » : *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 87.

[18] Dans l'arrêt *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, lorsqu'elle renvoie à *Regan*, la Cour confirme à l'unanimité qu'il s'agit de la norme de contrôle applicable (le juge Rothstein, par. 15; le juge Fish, par. 51). Avec l'appui des juges Binnie et Abella, également dissidents quant au résultat, j'y affirme ce qui suit au sujet de la norme de contrôle convenue :

> Sur présentation d'une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dès lors qu'une violation a été établie, le juge du procès doit accorder « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». La réparation doit assurer la protection des droits du demandeur, être équitable pour la partie visée par l'ordonnance et tenir compte de toutes les autres circonstances pertinentes. Un tribunal d'appel peut modifier la décision rendue par un juge du procès qui a exercé son pouvoir discrétionnaire uniquement si ce dernier a commis une erreur de droit ou rendu une décision injuste. Cela est particulièrement vrai s'il s'agit d'une réparation accordée par un juge de première instance sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte* dont le libellé même confère le *plus vaste pouvoir discrétionnaire possible* à ce dernier. Enfin, les tribunaux d'appel doivent tout particulièrement se garder de substituer l'exercice de leur propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge du procès simplement parce qu'ils auraient accordé une réparation plus généreuse ou plus limitée. [En italique dans l'original; par. 42.]

[19] Par conséquent, l'issue du pourvoi tient à la question de savoir si le juge du procès s'est fondé sur des considérations erronées en droit, a commis une erreur de fait susceptible de contrôle ou a rendu une décision « erronée au point de créer une injustice ». Selon moi, sa décision n'est entachée d'aucune de ces erreurs fatales.

[20] The trial judge first clearly and correctly outlined the applicable principles of law and relevant jurisprudence. He then considered the appropriate factors in light of the evidence before him.

[21] It is clear from the substance of his analysis that he felt the *Charter* breach in issue here fell within the "residual" and "exceptional" category of cases where the misconduct was "so egregious that the mere fact of going forward in the light of it will be offensive" (*Tobiass*, at para. 91).

[22] The trial judge held that this was a case of unlawful extrajudicial punishment that would shock the public. Mr. Bellusci was attacked by an agent of the state while chained, handcuffed, shackled and confined to his cell in a secure prison van. This was an apparent act of revenge by a prison guard who decided to make Mr. Bellusci [TRANSLATION] "pay physically" for his unacceptable conduct (para. 21). The injuries inflicted on Mr. Bellusci were hardly trivial. They included [TRANSLATION] "imprints of wire mesh with petechiae on the back of the left shoulder at the level of the shoulder blade, . . . injuries causing deformation of the left forearm, [and] bumps and injuries on the head and neck" (para. 34). As a result of his head injury, Mr. Bellusci was kept under observation overnight in the prison infirmary.

[23] The trial judge was satisfied that the appellant's threats, however reprehensible, would in all likelihood not have been uttered but for Mr. Asselin's inappropriate disclosure to the other prisoners that the appellant was a sexual offender. The trial judge was clearly alive to the difficult position of prison guards, but this could not justify Mr. Asselin's disclosure, which jeopardized Mr. Bellusci's personal safety while imprisoned.

[24] The integrity of the justice system was further tarnished, in the judge's view, by the reticence and [TRANSLATION] "sclerotic solidarity" that characterized the testimony at trial of Mr. Asselin's fellow prison guards (para. 79).

[20] Le juge du procès énonce d'abord clairement et correctement les principes de droit et la jurisprudence applicables, puis il examine les éléments pertinents à la lumière de la preuve offerte.

[21] Il appert de la teneur de son analyse que, pour lui, l'atteinte aux droits constitutionnels considérée en l'espèce fait partie des cas « résiduels » et « exceptionnels » où la conduite reprochée est « si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant » (*Tobiass*, par. 91).

[22] Le juge du procès estime que les citoyens seraient outrés par le châtiment extrajudiciaire infligé illégalement dans la présente affaire. M. Bellusci a été agressé par un représentant de l'État alors qu'il était enchaîné, menotté, entravé aux pieds et enfermé dans une cellule d'un fourgon sécurisé. Le juge conclut que l'agent de détention a vraisemblablement décidé de se venger et de faire « payer physiquement » à M. Bellusci son comportement outrancier (par. 21). Les blessures infligées à ce dernier sont loin d'être mineures. On a relevé des « traces d'empreintes de grillage avec pétéchies sur le derrière de l'épaule gauche au niveau de l'omoplate, [des] blessures entraînant des déformations de l'avant-bras gauche [et des] bosses et blessures à la tête et au cou » (par. 34). En raison de sa blessure à la tête, M. Bellusci est demeuré sous observation toute une nuit à l'infirmerie de la prison.

[23] Le juge du procès se dit convaincu que les menaces de l'appelant, aussi répréhensibles qu'elles aient été, n'auraient vraisemblablement pas été proférées si M. Asselin n'avait pas inopportunément dévoilé aux autres détenus à bord du fourgon que l'appelant était un délinquant sexuel. Il est certes conscient de la difficulté inhérente au travail de gardien de prison, mais celle-ci ne pouvait justifier M. Asselin de faire un dévoilement qui compromettait la sécurité de M. Bellusci pendant son incarcération.

[24] Selon le juge, la réticence et l'« attitude sclérosée de solidarité » qui ont caractérisé le témoignage au procès des collègues de M. Asselin ont par ailleurs terni davantage l'intégrité de notre système de justice (par. 79).

[25] Having found that Mr. Bellusci had been provoked and subjected by a state actor to intolerable physical and psychological abuse, it was open to the trial judge to decline to enter a conviction against him. As the Court explained in *Tobiass*, "if a past abuse were serious enough, then public confidence in the administration of justice could be so undermined that the mere act of carrying forward in the light of it would constitute a new and ongoing abuse sufficient to warrant a stay of proceedings" (para. 96).

[26] I am therefore unable to share the conclusion of the Court of Appeal that the trial judge, in granting a stay, committed a reviewable error by overlooking the "*non sequitur*" between the state misconduct and the stay of proceedings (para. 21).

[27] Nor am I able to agree that the trial judge erred in failing to consider the availability of less drastic remedies. On the contrary, as mentioned earlier, he expressly considered various alternatives and found that none were adequate in the circumstances.

[28] Given the seriousness and the impact of the prison guard's misconduct, the trial judge concluded that only a stay would be sufficient and appropriate in the circumstances.

[29] Moreover, the trial judge appreciated the need to balance the competing interests at play in contemplating a stay of proceedings. He expressly took into account the difficult position of prison guards, the importance to the justice system of ensuring their protection, the seriousness of the charges against the accused, the integrity of the justice system, and the nature and gravity of the violation of Mr. Bellusci's rights. Only then did he conclude that a stay was warranted.

[30] Like the Court of Appeal, I might well have granted a lesser remedy. But absent an error of law

[25] Une fois arrivé à la conclusion que M. Bellusci avait été provoqué par un représentant de l'État puis soumis par ce dernier à un abus physique et psychologique intolérable, le juge du procès pouvait refuser de déclarer l'accusé coupable de l'infraction reprochée. Dans l'arrêt *Tobiass*, la Cour dit que « s'il était suffisamment grave, un abus commis dans le passé pourrait ébranler la confiance du public dans l'administration de la justice au point où le simple fait de poursuivre l'instance constituerait un nouvel abus persistant justifiant la suspension des procédures » (par. 96).

[26] Je ne puis donc souscrire à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle, en ordonnant l'arrêt des procédures, le juge du procès a commis une erreur susceptible de contrôle en ce qu'il a fait abstraction du « *non sequitur* » entre la conduite répréhensible de l'État et l'arrêt des procédures (par. 21).

[27] Je ne peux non plus convenir avec la Cour d'appel que le juge du procès a eu tort de ne pas envisager une autre réparation moins drastique. Au contraire, comme je le mentionne précédemment, il envisage expressément diverses solutions de rechange et conclut qu'aucune ne convient dans les circonstances.

[28] Compte tenu de la gravité et des conséquences des actes répréhensibles de l'agent de détention, le juge du procès conclut que seul l'arrêt des procédures est suffisant et approprié dans les circonstances.

[29] En outre, le juge du procès reconnaît la nécessité de mettre en balance les intérêts en jeu qui s'opposent avant d'ordonner l'arrêt des procédures. Il considère expressément la difficulté inhérente au travail d'agent de détention, la nécessité que le système de justice assure la protection de ce dernier, la gravité des accusations portées contre l'accusé, l'intégrité du système de justice, ainsi que la nature et la gravité de l'atteinte aux droits de M. Bellusci. Ce n'est qu'à l'issue de cet examen qu'il conclut que l'arrêt des procédures est justifié.

[30] À l'instar de la Cour d'appel, j'aurais très bien pu accorder une réparation moins drastique. Mais,

or reviewable finding of fact, appellate courts must defer to the broad discretion vested in trial judges by s. 24(1) of the *Charter*. To repeat, as I explained in *Bjelland*, "appellate courts must take particular care not to substitute their own exercise of discretion for that of the trial judge merely because they would have granted a more generous or more limited remedy" (para. 42).

[31] In short, the trial judge in this case carefully and correctly considered all the relevant principles. He assessed the gravity of the prejudice and explained why he thought alternative remedies were inadequate. He did not misdirect himself on the applicable law or commit a reviewable error of fact. Nor was his exercise of discretion to grant a stay of proceedings "so clearly wrong as to amount to an injustice" (*Regan*, *supra*). My conclusion in this regard relates exclusively to the circumstances of the present matter. In fairness to the trial judge, however, I note that other judges have considered a stay of proceedings to be a proportionate remedy for mistreatment suffered at the hands of law enforcement officers: *R. v. Walcott* (2008), 57 C.R. (6th) 223 (Ont. S.C.J.);[1] *R. v. Maskell*, 2011 ABPC 176, 512 A.R. 372;[2] *R. v. Jackson*, 2011 ONCJ 228, 235 C.R.R. (2d) 289;[3] *R. v. Mohmedi*, 2009 ONCJ 533, 72 C.R. (6th)

1 Stay entered for possession for the purposes of trafficking. The police tasered an accused who was handcuffed, fully restrained and compliant.

2 Stay granted for driving while disqualified. The police used excessive force in arresting the accused, striking his head several times against a vehicle, causing permanent injuries requiring surgery.

3 Stay entered for assaulting police and resisting arrest. Five police officers pepper-sprayed and kneed the accused several times; the accused struck his head on the concrete and suffered a broken jaw. The trial judge was also concerned that police testimony was untruthful.

à défaut d'une erreur de droit ou d'une conclusion de fait susceptible de contrôle, une cour d'appel doit déférer à l'exercice du vaste pouvoir discrétionnaire que confère au juge de première instance le par. 24(1) de la *Charte*. Comme je l'ai déjà mentionné, j'ai expliqué dans *Bjelland* que « les tribunaux d'appel doivent tout particulièrement se garder de substituer l'exercice de leur propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge du procès simplement parce qu'ils auraient accordé une réparation plus généreuse ou plus limitée » (par. 42).

[31] En somme, dans la présente affaire, le juge du procès examine soigneusement et correctement tous les principes qui s'appliquent. Il évalue la gravité du préjudice et explique en quoi les autres réparations possibles lui paraissent inadéquates. Il ne prend pas appui sur des considérations erronées quant au droit applicable ni ne commet d'erreur de fait susceptible de contrôle. L'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'arrêt des procédures n'est pas non plus « erron[é] au point de créer une injustice » (*Regan*, précité). Ma conclusion sur ce point ne vaut que pour les circonstances de l'espèce. Cependant, en toute justice pour le juge du procès, je fais observer que d'autres juges ont estimé que l'arrêt des procédures était la réparation qui convenait en cas de mauvais traitements aux mains de policiers : *R. c. Walcott* (2008), 57 C.R. (6th) 223 (C.S.J. Ont.)[1]; *R. c. Maskell*, 2011 ABPC 176, 512 A.R. 372[2]; *R. c. Jackson*, 2011 ONCJ 228, 235 C.R.R. (2d) 289[3];

1 Accusation de possession en vue du trafic. La police avait infligé une décharge de pistolet paralysant à un accusé menotté, totalement entravé et coopératif.

2 Accusation de conduite sans permis de conduire. Les policiers avaient eu recours à une force excessive pour arrêter l'accusé, ils lui avaient frappé la tête à plusieurs reprises contre son véhicule, lui causant alors des blessures nécessitant une intervention chirurgicale et un préjudice permanent.

3 Accusation de voies de fait sur un policier et de résistance à l'arrestation. Cinq policiers avaient aspergé l'accusé de gaz poivre et lui avaient asséné des coups de genou à plusieurs reprises; la tête de l'accusé avait heurté le ciment et sa mâchoire avait été fracturée. Le juge du procès soupçonnait également les policiers d'avoir menti lors de leurs témoignages.

345;[4] *R. v. J.W.*, 2006 ABPC 216, 398 A.R. 374;[5] *R. v. R.L.F.*, 2005 ABPC 28, 373 A.R. 114;[6] *R. v. Wiscombe*, 2003 BCPC 418 (CanLII);[7] *R. v. Murphy* (2001), 29 M.V.R. (4th) 50 (Sask. Prov. Ct.);[8] *R. v. Spannier*, 1996 CanLII 978 (B.C.S.C.).[9]

[32] With respect, appellate intervention in these circumstances was therefore unwarranted.

IV

[33] I turn now to consider whether a court of appeal, upon setting aside a stay of proceedings, may

4 Stay granted for impaired driving and dangerous driving. Although provoked by unruly behaviour, foul language, and the "resistive stance" of the accused (para. 38), the police used excessive force in striking the accused while he was handcuffed and presented no threat.

5 Stay entered for charges of breaking and entering and possession of concealed weapons and housebreaking tools. The police used excessive force in tasering the accused, who was 15 years old, during a strip search at the police station.

6 Stay entered for charges of failing to comply with a condition of release (abstaining from alcohol). The police conducted an unreasonable strip search and tasered the accused despite the situation being under control, causing bruises, abrasions, burn marks, a broken tooth and bruises to the face.

7 Stay entered for assaulting a peace officer. Despite the violent behaviour of the accused, the police used excessive force in pepper-spraying him while he was handcuffed and lying face down on the floor with a foot on his head.

8 Stay granted for dangerous driving and refusing a breathalyzer test. The accused was forced to remain seated in his own excrement longer than necessary, denied proper clean-up facilities, subjected to rude and ridiculing remarks, and arbitrarily and unnecessarily detained.

9 Stay granted for impaired driving. The accused was handcuffed for no reason and pepper-sprayed in the eyes for insulting a police officer.

R. c. Mohmedi, 2006 ABPC 216, 2009 ONCJ 533, 72 C.R. (6th) 345[4]; *R. c. J.W.*, 398 A.R. 374[5]; *R. c. R.L.F.*, 2005 ABPC 28, 373 A.R. 114[6]; *R. c. Wiscombe*, 2003 BCPC 418 (CanLII)[7]; *R. c. Murphy* (2001), 29 M.V.R. (4th) 50 (C. prov. Sask.)[8]; *R. c. Spannier*, 1996 CanLII 978 (C.S.C.-B.)[9].

[32] Avec égards, j'estime donc qu'une intervention en appel était injustifiée dans les circonstances.

IV

[33] Je passe maintenant à la question de savoir si la cour d'appel qui annule un arrêt des procédures

4 Accusations de conduite en état d'ébriété et de conduite dangereuse. Même s'ils avaient été provoqués par le comportement agité, les propos grossiers et l'[TRADUCTION] « attitude de résistance » de l'accusé (par. 38), les policiers avaient eu recours à une force excessive en frappant l'accusé alors qu'il était menotté et ne présentait aucun danger.

5 Accusations d'introduction par effraction et de possession d'armes dissimulées et de matériel de cambriolage. La police avait eu recours à une force excessive en infligeant une décharge de pistolet paralysant à l'accusé, âgé de 15 ans, au cours d'une fouille à nu effectuée au poste de police.

6 Accusation d'inobservation d'une condition de mise en liberté (abstention de consommer des boissons alcoolisées). Les policiers avaient effectué une fouille à nu injustifiée et eu recours à un pistolet paralysant même si la situation était maîtrisée, ce qui avait infligé à l'accusé des ecchymoses, des écorchures, des marques de brûlure et des contusions au visage, et lui avait fait perdre une dent.

7 Accusation de voies de fait contre un agent de la paix. Même si l'accusé avait eu un comportement violent, les policiers avaient eu recours à une force excessive en l'aspergeant de gaz poivre tandis qu'il était menotté et allongé face contre terre, le pied d'un policier appuyé contre sa tête.

8 Accusations de conduite dangereuse et de refus de subir l'alcootest. L'accusé avait été contraint de demeurer assis longtemps dans ses excréments, il s'était vu refuser l'accès à des installations sanitaires adéquates, il avait fait l'objet de commentaires grossiers et moqueurs, et il avait été soumis à une détention arbitraire et inutile.

9 Accusation de conduite en état d'ébriété. L'accusé avait été menotté sans raison et aspergé de gaz poivre dans les yeux après qu'il eut insulté un agent de police.

in appropriate circumstances remit the matter to the trial court for continuation of the trial. I believe that it can, pursuant to ss. 686(4) and 686(8) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[34] Section 686(4)(*b*) provides that a court of appeal, upon allowing an appeal by the Crown against an acquittal at trial, may

> (i) order a new trial, or
>
> (ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

It is well established that "acquittal", in this context, includes a stay of proceedings, since it brings the proceedings to a final conclusion in favour of the accused: *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128.

[35] Section 686(8) provides, in turn, that a court of appeal, upon exercising any of its powers under s. 686(4), "may make any order, in addition, that justice requires".

[36] Understandably, the phrase "in addition" has been thought to connote that a court of appeal, in setting aside an acquittal or stay of proceedings, may make an order under s. 686(8) only if it substitutes a conviction or orders a new trial — its only powers explicitly conferred by s. 686(4).

[37] However, in *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, Lamer C.J. held that s. 686(8) must be given a large and liberal interpretation consistent with its "broad remedial purpose" (para. 30; see also *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, at p. 20). And, although the Chief Justice considered that s. 686(8) orders are "fundamentally ancillary and supplemental" (para. 31), he nonetheless held that "a court of appeal may enter an order under its residual power even if the court

peut, lorsque les circonstances s'y prêtent, renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en vue de la continuation du procès. Je suis d'avis qu'elle le peut en application des par. 686(4) et (8) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[34] L'alinéa 686(4)*b*) dispose que lorsqu'elle accueille l'appel interjeté par le ministère public contre un acquittement, la cour d'appel peut, selon le cas :

> (i) ordonner un nouveau procès,
>
> (ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

Il est bien établi que, dans ce contexte, l'« acquittement » s'entend aussi de l'arrêt des procédures, car celui-ci met définitivement fin à l'instance au bénéfice de l'accusé : *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128.

[35] Le paragraphe 686(8) prévoit pour sa part que la cour d'appel qui exerce des pouvoirs conférés au par. 686(4) « peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige ».

[36] Naturellement, d'aucuns ont conclu de l'emploi des mots « en outre » que la cour d'appel qui annulait un acquittement ou un arrêt des procédures ne pouvait rendre une ordonnance en application du par. 686(8) que si elle consignait un verdict de culpabilité ou ordonnait un nouveau procès, les seules mesures expressément permises au par. 686(4).

[37] Or, dans l'arrêt *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, le juge en chef Lamer conclut que le par. 686(8) doit être interprété d'une manière extensive et généreuse, en harmonie avec sa « fin réparatrice générale » (par. 30; voir également *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, par. 20). Et même s'il considère que l'ordonnance visée au par. 686(8) a un « caractère fondamentalement accessoire et supplémentaire » (par. 31), il conclut néanmoins qu'« une cour

of appeal has not previously and independently 'exercise[d] any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7)' of s. 686" (para. 30). This solution was adopted by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Yelle*, 2006 ABCA 276, 397 A.R. 287.

[38] In *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385, Binnie J. reached the same conclusion by a route that conforms more closely to the text of s. 686(8). Dealing in *Smith* with s. 686(2), which applies to an appeal from a conviction, Justice Binnie stated:

> Section 686(2) provides that where a Court of Appeal allows an appeal, "it shall quash the conviction", and s. 686(8) provides that, on the exercise of "any of the powers" under s. 686(2), the court may make "any order, in addition, that justice requires". The quashing of the conviction is an exercise of the court's power under s. 686(2). [para. 22]

[39] The same reasoning applies to s. 686(4). In allowing the appeal and setting aside the acquittal (or stay of proceedings), the court *exercises a power under s. 686(4).* It follows, in my view, that an appellate court need not order a new trial or enter a verdict of guilty in order to trigger the application of s. 686(8), which depends only on the exercise of "*any* of the powers" conferred by s. 686(4).

[40] Accordingly, s. 686(8), which allows "any order . . . that justice requires", authorizes an appellate court to order the continuation of a trial — but only where continuation of the trial is what "justice requires" in the particular circumstances of the case. Manifestly, an order under s. 686(8) must not be at variance with the underlying judgment: *R. v. Thomas*, [1998] 3 S.C.R. 535, at para. 17.

[41] Applying these principles in *Yelle*, the Alberta Court of Appeal set aside a stay of proceedings, but declined to either substitute a conviction or order a new trial. Instead, the court ordered

d'appel peut rendre une ordonnance en vertu de son pouvoir résiduel, même si elle n'a pas déjà et indépendamment "exerc[é] des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7)" de l'art. 686 » (par. 30). La Cour d'appel de l'Alberta adhère à ce raisonnement dans *R. c. Yelle*, 2006 ABCA 276, 397 A.R. 287.

[38] Dans *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385, le juge Binnie arrive à la même conclusion à l'issue d'un raisonnement qui s'en tient davantage au libellé du par. 686(8). Alors aux prises avec le par. 686(2), qui s'applique à l'appel d'une déclaration de culpabilité, le juge Binnie dit ce qui suit au sujet de la disposition :

> Le paragraphe 686(2) prévoit que, lorsqu'une cour d'appel admet un appel, « elle annule la condamnation », et le par. 686(8) dispose que, lorsqu'elle exerce « des pouvoirs » conférés par le par. 686(2), elle peut « en outre rendre toute ordonnance que la justice exige ». L'annulation de la déclaration de culpabilité constitue un exercice du pouvoir que lui confère le par. 686(2). [par. 22]

[39] Le même raisonnement vaut pour le par. 686(4). En accueillant l'appel et en annulant l'acquittement (ou l'arrêt des procédures), la cour *exerce un pouvoir conféré au par. 686(4).* Dès lors, selon moi, la cour d'appel n'a pas à ordonner un nouveau procès ni à consigner un verdict de culpabilité pour que s'applique le par. 686(8), ce qui ne dépend que de l'exercice de « [*l'un ou l'autre*] des pouvoirs conférés » au par. 686(4).

[40] Par conséquent, le par. 686(8), qui confère le pouvoir de rendre « toute ordonnance que la justice exige », autorise la cour d'appel à ordonner la continuation du procès, mais seulement lorsque cette mesure est celle que la « justice exige » dans les circonstances de l'espèce. Manifestement, l'ordonnance rendue en application du par. 686(8) ne doit pas être incompatible avec le jugement sous-jacent (*R. c. Thomas*, [1998] 3 R.C.S. 535, par. 17).

[41] Dans l'arrêt *Yelle*, la Cour d'appel de l'Alberta applique ces principes et annule l'arrêt des procédures, mais elle refuse de substituer une déclaration de culpabilité à l'acquittement ou d'ordonner

continuation of the trial because that is what justice required in the circumstances of the case:

> The implications of ordering a new trial would be enormous in a case such as this. It would require the rehearing of three months of evidence for no good reason. In addition to being completely unnecessary, it would be a great waste of the court's resources, the witnesses' time, and the respondents' money (requiring them to pay again for legal services already provided).
>
> Further, there is no advantage to the parties or the administration of justice to start anew. Indeed, there will be prejudice to all involved; the parties, witnesses, and the reputation of the administration of justice. [paras. 17-18]

[42] Continuation of the trial will not always be preferable or even possible. It is in any event an order that can properly be made only where the interests of justice require it, where there is no undue prejudice to the parties, and where no unfairness would result.

[43] Finally, I believe the trial court to which the matter is remitted should retain its discretion to instead order a new trial where resumption of the interrupted proceedings proves to be impractical or unfair.

[44] On this appeal, as mentioned earlier, both parties agree that a court of appeal may order continuation of the trial upon setting aside a stay of proceedings. They both submit, however, that a conviction should instead be entered in this case if the stay is overturned, since the relevant findings of fact have in their view already been made.

[45] In view of my conclusion that the stay was wrongly set aside by the Court of Appeal, I find it unnecessary to express a decided view regarding its order that the trial should be resumed. I think it sufficient to say there appears to be merit in the submission of the *amicus curiae* that a conviction was not a foregone conclusion.

[46] As the *amicus curiae* points out, the indictment against Mr. Bellusci alleges physical violence,

un nouveau procès. Elle ordonne plutôt la continuation du procès parce que la justice l'exige dans les circonstances de l'espèce :

> [TRADUCTION] Ordonner un nouveau procès aurait des conséquences énormes en l'espèce. Il faudrait consacrer trois mois à l'audition de témoignages déjà entendus, et ce, sans motif valable. En plus d'être tout à fait inutile, l'entreprise équivaudrait à gaspiller considérablement les ressources de la cour, le temps des témoins et l'argent des intimés (car ils devraient payer encore pour des services juridiques déjà obtenus).
>
> De plus, il n'est pas dans l'intérêt des parties ou de l'administration de la justice que l'on reparte à zéro. En effet, tous les intéressés — les parties, les témoins et l'administration de la justice (dont la réputation serait ternie) — subiraient un préjudice. [par. 17-18]

[42] La continuation du procès n'est pas toujours préférable ni même possible. Quoi qu'il en soit, elle ne peut être valablement ordonnée que lorsque les intérêts de la justice l'exigent, qu'elle n'inflige aucun préjudice indu aux parties et qu'elle ne cause pas d'injustice.

[43] Enfin, j'estime que la cour de première instance à laquelle l'affaire est renvoyée doit conserver son pouvoir discrétionnaire d'ordonner plutôt un nouveau procès lorsque la continuation du procès se révèle irréaliste ou injuste.

[44] Dans la présente affaire, je le rappelle, les deux parties conviennent qu'une cour d'appel peut ordonner la continuation du procès lorsqu'elle annule l'arrêt des procédures. Elles prétendent toutefois que c'est plutôt une déclaration de culpabilité qui doit être consignée en l'espèce si l'arrêt des procédures est annulé, car selon elles, les conclusions de fait pertinentes ont déjà été tirées.

[45] Vu ma conclusion voulant que la Cour d'appel ait annulé à tort l'arrêt des procédures, j'estime inutile d'exprimer une opinion décisive sur son ordonnance de continuation du procès. Je me contente d'opiner que l'observation de l'*amicus curiae* selon laquelle une déclaration de culpabilité n'allait pas de soi me paraît avoir un fondement.

[46] Comme le signale l'*amicus curiae*, selon l'acte d'accusation, M. Bellusci aurait usé de la

contrary to s. 423.1(1)(*b*) and (2)(*a*), whereas Mr. Bellusci was only found to have uttered *verbal threats*, an offence under a different subsection of the *Code*.

V

[47] For all of these reasons, I would allow the appeal and restore the stay of proceedings entered by the trial judge.

Appeal allowed and stay of proceedings restored.

Solicitors for the appellant: Lord, Poissant & Associés, Brossard.

Solicitor for the respondent: Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Shadley Battista, Montréal.

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

violence physique visée aux al. 423.1(1)*b*) et (2)*a*), alors qu'on a conclu qu'il avait seulement formulé des *menaces verbales*, une infraction prévue par une autre disposition du *Code*.

V

[47] Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès.

Pourvoi accueilli et arrêt des procédures rétabli.

Procureurs de l'appelant : Lord, Poissant & Associés, Brossard.

Procureur de l'intimée : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Shadley Battista, Montréal.

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

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society and Sheryl Kiselbach *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Community Legal Assistance Society, British Columbia Civil Liberties Association, Ecojustice Canada, Coalition of West Coast Women's Legal Education and Action Fund (West Coast LEAF), Justice for Children and Youth, ARCH Disability Law Centre, Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique, David Asper Centre for Constitutional Rights, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Association of Refugee Lawyers, Canadian Council for Refugees, Canadian HIV/AIDS Legal Network, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario and Positive Living Society of British Columbia *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) *v.* DOWNTOWN EASTSIDE SEX WORKERS UNITED AGAINST VIOLENCE SOCIETY

2012 SCC 45

File No.: 33981.

2012: January 19; 2012: September 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Civil procedure — Parties — Standing — Public interest standing — Public interest group and individual working on behalf of sex workers initiating constitutional

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society et Sheryl Kiselbach *Intimées*

et

Procureur général de l'Ontario, Community Legal Assistance Society, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Ecojustice Canada, Coalition of West Coast Women's Legal Education and Action Fund (West Coast LEAF), Justice for Children and Youth, ARCH Disability Law Centre, Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique, David Asper Centre for Constitutional Rights, Association canadienne des libertés civiles, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Conseil canadien pour les réfugiés, Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et Positive Living Society of British Columbia *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) *c.* DOWNTOWN EASTSIDE SEX WORKERS UNITED AGAINST VIOLENCE SOCIETY

2012 CSC 45

N° du greffe : 33981.

2012 : 19 janvier; 2012 : 21 septembre.

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

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

Procédure civile — Parties — Qualité pour agir — Qualité pour agir dans l'intérêt public — Groupe de défense de l'intérêt public et individu œuvrant pour

challenge to prostitution provisions of Criminal Code — Whether constitutional challenge constituting a reasonable and effective means to bring case to court — Whether public interest group and individual should be granted public interest standing.

A Society whose objects include improving conditions for female sex workers in the Downtown Eastside of Vancouver and K, who worked as such for 30 years, launched a *Charter* challenge to the prostitution provisions of the *Criminal Code*. The chambers judge found that they should not be granted either public or private interest standing to pursue their challenge; the British Columbia Court of Appeal, however, granted them both public interest standing.

Held: The appeal should be dismissed.

In determining whether to grant standing in a public law case, courts must consider three factors: whether the case raises a serious justiciable issue; whether the party bringing the case has a real stake in the proceedings or is engaged with the issues that it raises; and whether the proposed suit is, in all of the circumstances and in light of a number of considerations, a reasonable and effective means to bring the case to court. A party seeking public interest standing must persuade the court that these factors, applied purposively and flexibly, favor granting standing. All of the other relevant considerations being equal, a party with standing as of right will generally be preferred.

In this case, the issue that separates the parties relates to the formulation and application of the third factor. This factor has often been expressed as a strict requirement that a party seeking standing persuade the court that there is *no* other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the court. While this factor has often been expressed as a strict requirement, this Court has not done so consistently and in fact has rarely applied the factor restrictively. Thus, it would be better expressed as requiring that the proposed suit be, in all of the circumstances and in light of a number of considerations, *a* reasonable and effective means to bring the case to court.

les travailleuses du sexe à l'origine d'une contestation constitutionnelle des dispositions du Code criminel relatives à la prostitution — La contestation constitutionnelle constitue-t-elle une manière raisonnable et efficace de soumettre la cause à la cour? — Le groupe de défense de l'intérêt public et l'individu devraient-ils se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public?

Une Société dont l'objet consiste notamment à améliorer les conditions de travail des travailleuses du sexe dans le quartier Downtown Eastside de Vancouver et K, qui a exercé ce métier durant 30 ans, ont lancé une contestation fondée sur la *Charte* des dispositions du *Code criminel* relatives à la prostitution. Le juge en cabinet a conclu qu'elles ne devraient ni l'une ni l'autre se voir reconnaître la qualité pour agir que ce soit dans l'intérêt public ou privé afin de poursuivre leur action; la Cour d'appel de la Colombie-Britannique leur a toutefois reconnu à toutes les deux la qualité pour agir dans l'intérêt public.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Lorsqu'il s'agit de décider s'il est justifié de reconnaître la qualité pour agir dans une cause de droit public, les tribunaux doivent soupeser trois facteurs. Ils doivent se demander si l'affaire soulève une question justiciable sérieuse; si la partie qui a intenté la poursuite a un intérêt réel dans les procédures ou est engagée quant aux questions qu'elles soulèvent; et si la poursuite proposée, compte tenu de toutes les circonstances et à la lumière d'un grand nombre de considérations, constitue une manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. Le demandeur qui souhaite se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public doit convaincre la cour que ces facteurs, appliqués d'une manière souple et téléologique, militent en faveur de la reconnaissance de cette qualité. Toutes les autres considérations étant égales par ailleurs, un demandeur qui possède de plein droit la qualité pour agir sera généralement préféré.

La question qui oppose les parties en l'espèce a trait à la formulation et à l'application du troisième de ces facteurs. Ce facteur a longtemps été qualifié d'exigence stricte que la personne demandant la reconnaissance de sa qualité pour agir devait démontrer qu'il *n'*y a *pas* d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. Il n'empêche que la Cour ne l'a pas formulé systématiquement de cette façon et l'a même rarement appliqué restrictivement. Ainsi, il serait préférable de formuler ce facteur comme exigeant que la poursuite proposée, compte tenu de toutes les circonstances et à la lumière d'un grand nombre de considérations, constitue *une* manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.

By taking a purposive approach to the issue, courts should consider whether the proposed action is an economical use of judicial resources, whether the issues are presented in a context suitable for judicial determination in an adversarial setting and whether permitting the proposed action to go forward will serve the purpose of upholding the principle of legality. A flexible, discretionary approach is called for in assessing the effect of these considerations on the ultimate decision to grant or to refuse standing. There is no binary, yes or no, analysis possible. Whether a means of proceeding is reasonable, whether it is effective and whether it will serve to reinforce the principle of legality are matters of degree and must be considered in light of realistic alternatives in all of the circumstances.

In this case, all three factors, applied purposively and flexibly, favour granting public interest standing to the respondents. In fact, there is no dispute that the first and second factors are met: the respondents' action raises serious justiciable issues and the respondents have an interest in the outcome of the action and are fully engaged with the issues that they seek to raise. Indeed, the constitutionality of the prostitution provisions of the *Criminal Code* constitutes a serious justiciable issue and the respondents, given their work, have a strong engagement with the issue.

In this case, the third factor is also met. The existence of a civil case in another province is certainly a highly relevant consideration that will often support denying standing. However, the existence of parallel litigation — even litigation that raises many of the same issues — is not necessarily a sufficient basis for denying standing. Given the provincial organization of our superior courts, decisions of the courts in one province are not binding on courts in the others. Thus, litigation in one province is not necessarily a full response to a plaintiff wishing to litigate similar issues in another. Further, the issues raised are not the same as those in the other case. The court must also examine not only the precise legal issue, but the perspective from which it is made. In the other case, the perspective is very different. The claimants in that case were not primarily involved in street-level sex work, whereas the main focus in this case is on those individuals. Finally, there may be other litigation management strategies, short of the blunt instrument of a denial of standing, to ensure the efficient and effective use of judicial resources. A stay of proceedings pending resolution of other litigation is

En abordant la question sous l'angle téléologique, les tribunaux doivent se demander si l'action envisagée constitue une utilisation efficiente des ressources judiciaires, si les questions sont justiciables dans un contexte accusatoire, et si le fait d'autoriser la poursuite de l'action envisagée favorise le respect du principe de la légalité. Une approche souple et discrétionnaire est de mise pour juger de l'effet de ces considérations sur la décision ultime de reconnaître ou non la qualité pour agir. Une analyse dichotomique répondant par un oui ou par un non n'est pas envisageable. Les questions visant à déterminer si une manière de procéder est raisonnable, si elle est efficace et si elle favorise le renforcement du principe de la légalité sont des questions de degré et elles doivent être analysées en fonction de solutions de rechange pratiques, compte tenu de toutes les circonstances.

En l'espèce, appliqués selon une approche téléologique et souple, les trois facteurs militent pour la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public des intimées. En fait, il n'y a guère de désaccord quant au fait qu'il a été satisfait aux deux premiers facteurs : la poursuite des intimées soulève des questions justiciables sérieuses et les intimées ont un intérêt dans l'issue de l'action et sont totalement engagées au regard des questions qu'elles souhaitent soulever. En effet, la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* relatives à la prostitution constitue une question justiciable sérieuse et les intimées, compte tenu de leur travail, ont un solide engagement à l'égard de l'enjeu en cause.

En l'espèce, il est également satisfait au troisième facteur. L'existence d'une cause civile dans une autre province constitue certainement un facteur hautement pertinent qui milite souvent contre la reconnaissance de la qualité pour agir. Toutefois, l'existence d'une instance parallèle, même si elle soulève beaucoup de questions identiques, n'est pas nécessairement un motif suffisant pour refuser de reconnaître la qualité pour agir. Compte tenu de l'organisation provinciale de nos cours supérieures, les décisions rendues par celles d'une province ne lient pas les cours des autres provinces. Ainsi, une instance dans une province n'apporte pas nécessairement une réponse complète au demandeur qui désire intenter une poursuite sur des questions semblables dans une autre province. En outre, les questions soulevées dans l'autre cause ne sont pas identiques à celles soulevées en l'espèce. Le tribunal doit examiner non seulement la question juridique précise posée, mais aussi le contexte dans lequel elle l'est. Or, les contextes qui sont à l'origine des contestations dans l'autre cause et dans la présente affaire sont très différents. Les demanderesses dans l'autre cause n'étaient pas principalement

one possibility that should be taken into account in exercising the discretion as to standing.

Taking these points into account here, the existence of other litigation, in the circumstances of this case, does not seem to weigh very heavily against the respondents in considering whether their suit is a reasonable and effective means of bringing the pleaded claims forward.

Moreover, the existence of other potential plaintiffs, while relevant, should be considered in light of practical realities, which are such that it is very unlikely that persons charged under the prostitution provisions would bring a claim similar to the respondents'. Further, the inherent unpredictability of criminal trials makes it more difficult for a party raising the type of challenge raised in this instance.

In this case, also, the record shows that there were no sex workers in the Downtown Eastside willing to bring a challenge forward. The willingness of many of these same persons to swear affidavits or to appear to testify does not undercut their evidence to the effect that they would not be willing or able to bring a challenge in their own names.

Other considerations should be taken into account in considering the reasonable and effective means factor. This case constitutes public interest litigation: the respondents have raised issues of public importance that transcend their immediate interests. Their challenge is comprehensive, relating as it does to nearly the entire legislative scheme. It provides an opportunity to assess through the constitutional lens the overall effect of this scheme on those most directly affected by it. A challenge of this nature may prevent a multiplicity of individual challenges in the context of criminal prosecutions. There is no risk of the rights of others with a more personal or direct stake in the issue being adversely affected by a diffuse or badly advanced claim.

des travailleuses de l'industrie du sexe qui exercent leur métier dans la rue, tandis que, en l'espèce, ce sont elles qui sont au cœur du débat. Finalement, mise à part la mesure radicale qui consiste à ne pas reconnaître la qualité pour agir, il pourrait y avoir d'autres stratégies en matière de gestion des litiges visant à assurer l'utilisation efficiente et efficace des ressources judiciaires. La suspension des procédures jusqu'au règlement d'autres instances est, de fait, une possibilité qui devrait être prise en compte lors de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir.

En tenant compte de ce qui précède, l'existence de l'autre instance, dans les circonstances de la présente affaire, ne semble pas peser très lourd contre les intimées lorsqu'il s'agit de déterminer si la poursuite qu'elles ont intentée constitue une manière raisonnable et efficace de soumettre les allégations formulées à l'intention de la cour.

De plus, l'existence de demandeurs potentiels, bien qu'il s'agisse d'un facteur pertinent, ne devrait être prise en compte qu'en fonction de considérations d'ordre pratique qui sont telles qu'il est très peu probable que des personnes accusées en application des dispositions relatives à la prostitution engageraient une action semblable à celle des intimées. De plus, le caractère imprévisible inhérent aux procès criminels rend les choses encore plus difficiles pour une partie soulevant une contestation de la nature de celle engagée en l'espèce.

En outre, en l'espèce, il appert du dossier qu'aucun travailleur de l'industrie du sexe du quartier Downtown Eastside de Vancouver n'était prêt à engager une contestation exhaustive. La volonté de bon nombre de ces personnes de souscrire des affidavits ou de comparaître pour témoigner n'affecte en rien la crédibilité de leur témoignage voulant qu'elles ne soient pas prêtes ou capables d'engager en leurs propres noms une contestation de cette nature.

D'autres considérations devraient être prises en compte lors de l'examen du facteur relatif aux manières plus raisonnables et efficaces. La présente affaire constitue un litige d'intérêt public : les intimées ont soulevé des questions d'importance pour le public, des questions qui transcendent leurs intérêts immédiats. Leur contestation est exhaustive en ce qu'elle vise la presque totalité du régime législatif. Elle fournit l'occasion d'évaluer, du point de vue du droit constitutionnel, l'effet global de ce régime sur les personnes les plus touchées par ses dispositions. Une contestation de cette nature est susceptible de prévenir une multiplicité de contestations individuelles engagées dans le cadre de poursuites criminelles. Il n'y a aucun risque de porter

It is obvious that the claim is being pursued with thoroughness and skill. There is no suggestion that others who are more directly or personally affected have deliberately chosen not to challenge these provisions. The presence of K, as well as the Society, will ensure that there is both an individual and collective dimension to the litigation.

Having found that the respondents have public interest standing to pursue their action, it is not necessary to address the issue of whether K has private interest standing.

Cases Cited

Applied: *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; **discussed:** *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; **referred to:** *Bedford v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 4264, 327 D.L.R. (4th) 52, rev'd in part 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235; *R. v. Stagnitta*, [1990] 1 S.C.R. 1226; *R. v. Smith* (1988), 44 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Gagne*, [1988] O.J. No. 2518 (QL); *R. v. Jahelka* (1987), 43 D.L.R. (4th) 111; *R. v. Kazelman*, [1987] O.J. No. 1931 (QL); *R. v. Bavington*, [1987] O.J. No. 2728 (QL); *R. v. Cunningham* (1986), 31 C.C.C. (3d) 223; *R. v. Bear* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 255; *R. v. McLean* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 232; *R. v. Bailey*, [1986] O.J. No. 2795 (QL); *R. v. Cheeseman*, Sask. Prov. Ct., June 19, 1986; *R. v. Blais*, 2008 BCCA 389, 301 D.L.R. (4th) 464; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Boston*, [1988] B.C.J. No. 1185 (QL); *R. v. DiGiuseppe* (2002), 161 C.C.C. (3d) 424.

atteinte aux droits d'autres individus ayant un intérêt plus personnel ou plus direct dans la question du fait d'une action trop générale ou mal présentée. Il est évident que la demande est plaidée avec rigueur et habileté. Rien ne laisse croire que d'autres personnes touchées de façon plus directe ou personnelle aient choisi de plein gré de ne pas contester ces dispositions. La présence de K, de même que celle de la Société, garantira que le litige aura une dimension à la fois individuelle et collective.

Ayant conclu que les intimées ont la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de poursuivre leur action, il n'est pas nécessaire d'aborder la question de savoir si K a la qualité pour agir dans l'intérêt privé.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; **arrêts analysés :** *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; **arrêts mentionnés :** *Bedford c. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 4264, 327 D.L.R. (4th) 52, inf. en partie par 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Smith c. Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S. 331; *Baker c. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235; *R. c. Stagnitta*, [1990] 1 R.C.S. 1226; *R. c. Smith* (1988), 44 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Gagne*, [1988] O.J. No. 2518 (QL); *R. c. Jahelka* (1987), 43 D.L.R. (4th) 111; *R. c. Kazelman*, [1987] O.J. No. 1931 (QL); *R. c. Bavington*, [1987] O.J. No. 2728 (QL); *R. c. Cunningham* (1986), 31 C.C.C. (3d) 223; *R. c. Bear* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 255; *R. c. McLean* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 232; *R. c. Bailey*, [1986] O.J. No. 2795 (QL); *R. c. Cheeseman*, C. prov. Sask., 19 juin 1986; *R. c. Blais*, 2008 BCCA 389, 301 D.L.R. (4th) 464; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Boston*, [1988] B.C.J. No. 1185 (QL); *R. c. DiGiuseppe* (2002), 161 C.C.C. (3d) 424.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(*b*), (*d*), 7, 15.
Constitution Act, 1982.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 210 to 213.
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90 [rep. 168/2009], r. 19(24).

Authors Cited

Fiss, Owen M. "The Social and Political Foundations of Adjudication" (1982), 6 *Law & Hum. Behav.* 121.
Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated December 2011, release 17).
Scott, Kenneth E. "Standing in the Supreme Court — A Functional Analysis" (1973), 86 *Harv. L. Rev.* 645.
Sossin, Lorne. "The Justice of Access: Who Should Have Standing to Challenge the Constitutional Adequacy of Legal Aid?" (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 727.
Sossin, Lorne M. *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Neilson and Groberman JJ.A.), 2010 BCCA 439, 10 B.C.L.R. (5th) 33, 294 B.C.A.C. 70, 498 W.A.C. 70, 324 D.L.R. (4th) 1, 260 C.C.C. (3d) 95, 219 C.R.R. (2d) 171, [2011] 1 W.W.R. 628, [2010] B.C.J. No. 1983 (QL), 2010 CarswellBC 2729, setting aside in part a decision of Ehrcke J., 2008 BCSC 1726, 90 B.C.L.R. (4th) 177, 305 D.L.R. (4th) 713, 182 C.R.R. (2d) 262, [2009] 5 W.W.R. 696, [2008] B.C.J. No. 2447 (QL), 2008 CarswellBC 2709. Appeal dismissed.

Cheryl J. Tobias, Q.C., and *Donnaree Nygard*, for the appellant.

Joseph J. Arvay, Q.C., *Elin R. S. Sigurdson* and *Katrina Pacey*, for the respondents.

Janet E. Minor and *Courtney J. Harris*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

David W. Mossop, Q.C., and *Diane Nielsen*, for the intervener the Community Legal Assistance Society.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2*b*), *d*), 7, 15.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 210 à 213.
Loi constitutionnelle de 1982.
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90 [abr. 168/2009], règle 19(24).

Doctrine et autres documents cités

Fiss, Owen M. « The Social and Political Foundations of Adjudication » (1982), 6 *Law & Hum. Behav.* 121.
Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated December 2011, release 17).
Scott, Kenneth E. « Standing in the Supreme Court — A Functional Analysis » (1973), 86 *Harv. L. Rev.* 645.
Sossin, Lorne. « The Justice of Access : Who Should Have Standing to Challenge the Constitutional Adequacy of Legal Aid? » (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 727.
Sossin, Lorne M. *Boundaries of Judicial Review : The Law of Justiciability in Canada*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Neilson et Groberman), 2010 BCCA 439, 10 B.C.L.R. (5th) 33, 294 B.C.A.C. 70, 498 W.A.C. 70, 324 D.L.R. (4th) 1, 260 C.C.C. (3d) 95, 219 C.R.R. (2d) 171, [2011] 1 W.W.R. 628, [2010] B.C.J. No. 1983 (QL), 2010 CarswellBC 2729, qui a infirmé en partie une décision du juge Ehrcke, 2008 BCSC 1726, 90 B.C.L.R. (4th) 177, 305 D.L.R. (4th) 713, 182 C.R.R. (2d) 262, [2009] 5 W.W.R. 696, [2008] B.C.J. No. 2447 (QL), 2008 CarswellBC 2709. Pourvoi rejeté.

Cheryl J. Tobias, c.r., et *Donnaree Nygard*, pour l'appelant.

Joseph J. Arvay, c.r., *Elin R. S. Sigurdson* et *Katrina Pacey*, pour les intimées.

Janet E. Minor et *Courtney J. Harris*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

David W. Mossop, c.r., et *Diane Nielsen*, pour l'intervenante Community Legal Assistance Society.

Jason B. Gratl and *Megan Vis-Dunbar*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Justin Duncan and *Kaitlyn Mitchell*, for the intervener Ecojustice Canada.

C. Tess Sheldon, *Niamh Harraher* and *Kasari Govender*, for the interveners the Coalition of West Coast Women's Legal Education and Action Fund (West Coast LEAF), Justice for Children and Youth and the ARCH Disability Law Centre.

Written submissions only by *Mark C. Power* and *Jean-Pierre Hachey*, for the intervener Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique.

Kent Roach and *Cheryl Milne*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Written submissions only by *Cara Faith Zwibel*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Lorne Waldman, *Clare Crummey* and *Tamara Morgenthau*, for the interveners the Canadian Association of Refugee Lawyers and the Canadian Council for Refugees.

Written submissions only by *Michael A. Feder*, *Alexandra E. Cocks* and *Jordanna Cytrynbaum*, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario and the Positive Living Society of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] This appeal is concerned with the law of public interest standing in constitutional cases. The law of standing answers the question of who is entitled

Jason B. Gratl et *Megan Vis-Dunbar*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Justin Duncan et *Kaitlyn Mitchell*, pour l'intervenant Ecojustice Canada.

C. Tess Sheldon, *Niamh Harraher* et *Kasari Govender*, pour les intervenants Coalition of West Coast Women's Legal Education and Action Fund (West Coast LEAF), Justice for Children and Youth et ARCH Disability Law Centre.

Argumentation écrite seulement par *Mark C. Power* et *Jean-Pierre Hachey*, pour l'intervenant le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique.

Kent Roach et *Cheryl Milne*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Argumentation écrite seulement par *Cara Faith Zwibel*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Lorne Waldman, *Clare Crummey* et *Tamara Morgenthau*, pour les intervenants l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés et le Conseil canadien pour les réfugiés.

Argumentation écrite seulement par *Michael A. Feder*, *Alexandra E. Cocks* et *Jordanna Cytrynbaum*, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et Positive Living Society of British Columbia.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi porte sur les règles de droit relatives à la qualité pour agir dans l'intérêt public dans les causes en matière constitutionnelle. Ces

to bring a case to court for a decision. Of course it would be intolerable if everyone had standing to sue for everything, no matter how limited a personal stake they had in the matter. Limitations on standing are necessary in order to ensure that courts do not become hopelessly overburdened with marginal or redundant cases, to screen out the mere "busybody" litigant, to ensure that courts have the benefit of contending points of view of those most directly affected and to ensure that courts play their proper role within our democratic system of government: *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, at p. 631. The traditional approach was to limit standing to persons whose private rights were at stake or who were specially affected by the issue. In public law cases, however, Canadian courts have relaxed these limitations on standing and have taken a flexible, discretionary approach to public interest standing, guided by the purposes which underlie the traditional limitations.

règles déterminent qui peut soumettre une affaire aux tribunaux. Bien entendu, la situation serait insoutenable si tous avaient la qualité pour engager des poursuites à tout propos, aussi ténu leur intérêt personnel soit-il dans la cause. Des restrictions s'imposent donc en matière de qualité pour agir afin d'assurer que les tribunaux ne deviennent pas complètement submergés par des poursuites insignifiantes ou redondantes, d'écarter les trouble-fête et de s'assurer que les tribunaux entendent les principaux intéressés faire valoir contradictoirement leurs points de vue et jouent le rôle qui leur est propre dans le cadre de notre système démocratique de gouvernement : *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, p. 631. Selon l'approche traditionnellement retenue, la qualité pour agir était limitée aux personnes dont les intérêts privés étaient en jeu ou pour qui l'issue des procédures avait des incidences particulières. Dans les causes de droit public, les tribunaux canadiens ont toutefois tempéré ces limites et adopté une approche souple et discrétionnaire quant à la question de la qualité pour agir dans l'intérêt public, guidés en cela par les objectifs qui étaient sous-jacents aux limites traditionnelles.

[2] In exercising their discretion with respect to standing, the courts weigh three factors in light of these underlying purposes and of the particular circumstances. The courts consider whether the case raises a serious justiciable issue, whether the party bringing the action has a real stake or a genuine interest in its outcome and whether, having regard to a number of factors, the proposed suit is a reasonable and effective means to bring the case to court: *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at p. 253. The courts exercise this discretion to grant or refuse standing in a "liberal and generous manner" (p. 253).

[2] Lorsqu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire en matière de qualité pour agir, les tribunaux soupèsent trois facteurs à la lumière de ces objectifs sous-jacents et des circonstances particulières de chaque cas. Ils se demandent si l'affaire soulève une question justiciable sérieuse, si la partie qui a intenté la poursuite a un intérêt réel ou véritable dans son issue et, en tenant compte d'un grand nombre de facteurs, si la poursuite proposée constitue une manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour : *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, p. 253. Les tribunaux exercent ce pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir de façon « libérale et souple » (p. 253).

[3] In this case, the respondents the Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, whose objects include improving working conditions for female sex workers,

[3] En l'espèce, les intimées Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society (« Société ») — dont l'objet consiste notamment à améliorer les conditions de travail

and Ms. Kiselbach, have launched a broad constitutional challenge to the prostitution provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The British Columbia Court of Appeal found that they should be granted public interest standing to pursue this challenge; the Attorney General of Canada appeals. The appeal raises one main question: whether the three factors which courts are to consider in deciding the standing issue are to be treated as a rigid checklist or as considerations to be taken into account and weighed in exercising judicial discretion in a way that serves the underlying purposes of the law of standing. In my view, the latter approach is the right one. Applying it here, my view is that the Society and Ms. Kiselbach should be granted public interest standing. I would therefore dismiss the appeal.

II. Issues

[4] The issues as framed by the parties are whether the respondents should be granted public interest standing and whether Ms. Kiselbach should be granted private interest standing. In my view, this case is best resolved by considering the discretion to grant public interest standing and standing should be granted to the respondents on that basis.

III. Overview of Facts and Proceedings

A. *Facts*

[5] The respondent Society is a registered British Columbia society whose objects include improving working conditions for female sex workers. It is run "by and for" current and former sex workers living in the Vancouver Downtown Eastside. The Society's members are women, the majority of whom are Aboriginal, living with addiction issues, health challenges, disabilities, and poverty; almost

des travailleuses du sexe — et M^me^ Kiselbach ont lancé une vaste contestation constitutionnelle des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, relatives à la prostitution. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé qu'il y avait lieu de leur reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public pour qu'elles puissent faire valoir cette contestation. Le procureur général du Canada interjette appel de cette décision. Le pourvoi porte principalement sur la question de savoir si les trois facteurs que les tribunaux doivent prendre en compte afin de juger de la qualité pour agir doivent être considérés comme des éléments d'une liste de contrôle rigide ou s'ils doivent être pris en compte et soupesés dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire en vue de servir les principes sous-jacents des règles de droit applicables à ce sujet. À mon avis, la dernière approche est la bonne et, en l'appliquant en l'espèce, j'estime qu'il y a lieu de reconnaître à la Société et à M^me^ Kiselbach la qualité pour agir dans l'intérêt public. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Questions en litige

[4] Les questions en litige telles qu'elles sont exposées par les parties sont celles de savoir si la Cour devrait reconnaître aux intimées la qualité pour agir dans l'intérêt public et à M^me^ Kiselbach la qualité pour agir dans l'intérêt privé. À mon avis, la meilleure façon de régler la présente affaire consiste à procéder à l'examen du pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public et, sur cette base, de la reconnaître aux intimées.

III. Aperçu des faits et des procédures

A. *Les faits*

[5] La Société intimée est une entreprise enregistrée de la Colombie-Britannique qui a notamment pour objet d'améliorer les conditions de travail des travailleuses du sexe. Elle est administrée « par et pour » des travailleuses du sexe actives et retirées vivant dans le quartier Downtown Eastside de Vancouver. Les membres de la Société sont des femmes, la plupart autochtones, vivant avec des

all have been victims of physical and/or sexual violence.

[6] Sheryl Kiselbach is a former sex worker currently working as a violence prevention coordinator in the Downtown Eastside. For approximately 30 years, Ms. Kiselbach engaged in a number of forms of sex work, including exotic dancing, live sex shows, work in massage parlours and street-level free-lance prostitution. During the course of this time, she was convicted of several prostitution-related offences. Ms. Kiselbach left the sex industry in 2001. She claims to have been unable to participate in a court challenge to prostitution laws when working as a sex worker because of risk of public exposure, fear for her personal safety, and the potential loss of social services, income assistance, clientele and employment opportunities (chambers judge's reasons, 2008 BCSC 1726, 90 B.C.L.R. (4th) 177, at paras. 29 and 44).

[7] The respondents commenced an action challenging the constitutional validity of sections of the *Criminal Code* that deal with different aspects of prostitution. They seek a declaration that these provisions violate the rights of free expression and association, to equality before the law and to life, liberty and security of the person guaranteed by ss. 2(*b*), 2(*d*), 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The challenged provisions are what I will refer to as the "prostitution provisions", the "bawdy house provisions", the "procurement provision" and the "communication provision". Prostitution provisions is the generic term to refer to the provisions in the *Criminal Code* relating to the criminalization of activities related to prostitution (ss. 210 to 213). Within these provisions can be found the bawdy house provisions, which include those relating to keeping and being within a common bawdy house (s. 210), and transporting a person to a common bawdy house (s. 211). The procurement provision refers to the act of procuring and living on the avails of prostitution (s. 212,

problèmes de toxicomanie, de santé, d'incapacités et de pauvreté; elles ont presque toutes été victimes de violence physique ou sexuelle, ou des deux.

[6] Sheryl Kiselbach est une ancienne travailleuse du sexe qui occupe actuellement un emploi de coordonnatrice en prévention de la violence dans le quartier Downtown Eastside. Pendant environ 30 ans, elle a exercé diverses activités dans l'industrie du sexe dont la danse exotique, les spectacles érotiques en direct, les séances en salons de massage et la prostitution de rue en tant que travailleuse autonome. Durant cette période, elle a été déclarée coupable de plusieurs infractions relatives à la prostitution. Elle a quitté cette industrie en 2001. Elle soutient avoir été incapable de participer à une contestation judiciaire des lois relatives à la prostitution pendant qu'elle était active comme travailleuse du sexe en raison des risques liés à une exposition publique, de la crainte pour sa sécurité personnelle et de la perte éventuelle de services sociaux, d'aide au revenu, de clientèle et de possibilités d'emploi (motifs du juge en cabinet, 2008 BCSC 1726, 90 B.C.L.R. (4th) 177, par. 29 et 44).

[7] Les intimées ont intenté une action contestant la validité constitutionnelle de certains articles du *Code criminel* qui traitent de différents aspects de la prostitution. Elles sollicitent un jugement déclaratoire portant que ces dispositions enfreignent les droits à la liberté d'expression et d'association, ainsi que les droits à l'égalité devant la loi, à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par les al. 2*b*) et 2*d*) ainsi que par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les dispositions contestées sont ce que j'appellerai les « dispositions relatives à la prostitution », les « dispositions relatives aux maisons de débauche », la « disposition relative au proxénétisme » et la « disposition relative à la communication ». Le premier de ces termes, soit « dispositions relatives à la prostitution », constitue l'expression générique pour désigner l'ensemble des dispositions du *Code criminel* portant sur la criminalisation des activités relatives à la prostitution (art. 210 à 213). Parmi elles, on retrouve les dispositions relatives aux maisons de débauche qui créent notamment les

except for s. 212(1)(*g*) and (*i*)), while the communication provision refers to the act of soliciting in a public place (s. 213(1)(*c*)). Neither respondent is currently charged with any of the offences challenged.

[8] The respondents' position is that the prostitution provisions (ss. 210 to 213) infringe s. 2(*d*) freedom of association rights because these provisions prevent prostitutes from joining together to increase their personal safety; s. 7 security of the person rights due to the possibility of arrest and imprisonment and because the provisions prevent prostitutes from taking steps to improve the health and safety conditions of their work; s. 15 equality rights because the provisions discriminate against members of a disadvantaged group; and s. 2(*b*) freedom of expression rights by making illegal communication which could serve to increase safety and security.

B. *Proceedings*

(1) British Columbia Supreme Court (Ehrcke J.), 2008 BCSC 1726, 90 B.C.L.R. (4th) 177

[9] The Attorney General of Canada applied in British Columbia Supreme Court Chambers to dismiss the respondents' action on the ground that they lacked standing to bring it. In the alternative, he applied under Rule 19(24) of the *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90 (replaced by *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, effective July 1, 2010), to have portions of the statement of claim struck out and part of the action stayed on the basis that the pleadings disclosed no reasonable

infractions que constitue le fait de tenir une maison de débauche, de se trouver dans une telle maison (art. 210), ainsi que d'y transporter une personne (art. 211); la disposition relative au proxénétisme qui vise l'acte d'induire à avoir des rapports sexuels et de vivre des produits de la prostitution (art. 212, sauf les al. 212(1)*g*) et *i*)), et la disposition relative à la communication qui vise l'acte de sollicitation dans un endroit public (al. 213(1)*c*)). Aucune des intimées n'est actuellement accusée de l'une ou l'autre des infractions décrites par les dispositions contestées.

[8] Selon les intimées, les dispositions relatives à la prostitution (art. 210 à 213) portent atteinte au droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2*d*) parce qu'elles empêchent les prostituées de se regrouper afin d'accroître leur sécurité personnelle. Elles soutiennent que ces dispositions portent également atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 parce que les prostituées courent le risque d'être arrêtées et détenues et parce que ces dispositions les empêchent de prendre des mesures pour améliorer leurs conditions de santé et de sécurité au travail; au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 parce que ces dispositions sont discriminatoires à l'égard des membres d'un groupe défavorisé; et au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) puisque des communications qui pourraient servir à accroître leur sécurité sont rendues illégales.

B. *Historique des procédures*

(1) Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Ehrcke), 2008 BCSC 1726, 90 B.C.L.R. (4th) 177

[9] Le Procureur général du Canada a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique siégeant en cabinet de rejeter la poursuite des intimées au motif qu'elles n'avaient pas la qualité pour l'intenter. Subsidiairement, au titre de la règle 19(24) des *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90 (remplacées par les *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, entrées en vigueur le 1er juillet 2010), il a demandé la radiation de certaines parties de la déclaration et la suspension d'une partie

claim. In the further alternative, he applied for particulars which he said were necessary in order to know the case to be met (chambers judge's reasons, at para. 2). The chambers judge dismissed the action, holding that neither respondent had private interest standing and that discretionary public interest standing should not be granted to them. In light of this conclusion, the chambers judge found it unnecessary to consider the Attorney General's applications under Rule 19(24) and for particulars (para. 88).

[10] The chambers judge reasoned that neither the Society nor Ms. Kiselbach was charged with any of the impugned provisions or was a defendant in an action brought by a government agency relying upon the legislation. Further, the Society is a separate entity with rights distinct from those of its members. Ms. Kiselbach, he determined, was not entitled to private interest standing because she was not currently engaged in sex work and the continued stigma associated with her past convictions could not give rise to private interest standing because that would amount to a collateral attack on her previous convictions.

[11] The chambers judge turned to public interest standing and found that he should not exercise his discretion to grant standing to either respondent. He reviewed what he described as the three "requirements" for public interest standing as set out in *Canadian Council of Churches* and concluded that the respondents' action raised serious constitutional issues and they had a genuine interest in the validity of the provisions. Thus, the judge held that the first and second "requirements" for public interest standing were established. He then turned to the third part of the test, "whether, if standing is denied, there exists another reasonable and effective way to bring the issue before the court" (para.

de la poursuite au motif que les actes de procédures ne révélaient aucune cause d'action raisonnable. Subsidiairement encore, il a demandé des précisions qui, selon lui, étaient nécessaires pour connaître les éléments invoqués dans la poursuite et les réfuter (motifs du juge en cabinet, par. 2). Le juge en cabinet a rejeté l'action statuant que ni l'une ni l'autre des intimées n'avaient la qualité pour agir dans l'intérêt privé et que la qualité pour agir dans l'intérêt public qui est tributaire de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne devait pas leur être reconnue. Compte tenu de cette décision, le juge en cabinet a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la demande présentée par le procureur général au titre de la règle 19(24), ni celle sollicitant des précisions (par. 88).

[10] Le juge en cabinet a noté que ni la Société ni M^me^ Kiselbach n'étaient accusées des infractions prévues aux dispositions contestées ou n'étaient défenderesses à une action engagée par un organisme gouvernemental, toujours en application des dispositions en question. En outre, il a précisé que la Société est une entité séparée dont les droits sont distincts de ceux de ses membres. Il a aussi jugé que M^me^ Kiselbach ne pouvait pas se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt privé, d'une part parce qu'elle ne travaillait pas actuellement dans l'industrie du sexe et, d'autre part parce que le stigmate persistant associé à ses condamnations antérieures ne pouvait lui donner cette qualité, puisque cela équivaudrait à les contester de façon indirecte.

[11] Le juge en cabinet s'est ensuite penché sur la question de la qualité pour agir dans l'intérêt public et il ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour reconnaître cette qualité ni à l'une ni à l'autre des intimées. Il a examiné ce qu'il a décrit comme étant les trois « exigences » pour se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public tel qu'elles sont énoncées dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*. Il a conclu que la poursuite des intimées soulevait des questions constitutionnelles sérieuses et que les intimées avaient un intérêt véritable quant à la validité des dispositions. Le juge a donc estimé qu'il avait été satisfait aux première et deuxième « exigences » relatives à la qualité pour

70). This, in the judge's view, was where the respondents' claim for standing faltered.

[12] He agreed with the Attorney General's argument that the provisions could be challenged by litigants charged under them. The fact that members of the Society were "particularly vulnerable" and allegedly unable to come forward could not give rise to public interest standing (para. 76). Members of the Society would likely have to come forward as witnesses should the matter proceed to trial and if they were willing to testify as witnesses, they were able to come forward as plaintiffs. The chambers judge noted that there was litigation underway in Ontario raising many of the same issues: *Bedford v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 4264, 327 D.L.R. (4th) 52, rev'd in part 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1. He reasoned that, while the existence of this litigation was not necessarily a sufficient reason for denying standing, it tended to show that there "may nevertheless be potential plaintiffs with personal interest standing who could, if they chose to do so, bring all of these issues before the court" (para. 75). He also referred to the fact that there had been a number of cases in British Columbia and elsewhere where the impugned legislation had been challenged and that there are hundreds of criminal prosecutions every year in British Columbia in each of which the accused "would be entitled, as of right, to raise the constitutional issues that the plaintiffs seek to raise in the case at bar" (para. 77).

[13] The judge concluded that he was bound to apply the test of whether there is no other reasonable and effective way to bring the issue before the court and that the respondents did not meet that test (para. 85).

agir dans l'intérêt public. Il a ensuite examiné le troisième élément du test, soit [TRADUCTION] « la question de savoir si, dans la mesure où la qualité n'était pas reconnue, il existait une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour » (par. 70). Selon le juge, c'est à cet égard que la demande des intimées présentait des faiblesses.

[12] Il a souscrit à l'argument du procureur général selon lequel les dispositions pouvaient être contestées par les justiciables accusés en vertu d'elles. À son avis, le fait que des membres de la Société soient [TRADUCTION] « particulièrement vulnérables » et soi-disant incapables de se manifester ne pouvait justifier la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public (par. 76). Si l'affaire avait été instruite, des membres de la Société auraient probablement eu à témoigner, et si elles étaient prêtes à faire cela, elles étaient aussi en mesure de se présenter à titre de demanderesses. Le juge en cabinet a aussi souligné qu'il y avait une poursuite en cours en Ontario qui soulevait bon nombre des mêmes questions : *Bedford c. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 4264, 327 D.L.R. (4th) 52, inf. en partie par 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1. Il a expliqué que, même si l'existence de ce litige ne constituait pas nécessairement un motif suffisant pour refuser de reconnaître la qualité pour agir, elle tendait à démontrer qu'« il pourrait néanmoins y avoir des demandeurs éventuels ayant qualité pour agir dans l'intérêt privé qui pourraient, s'ils choisissaient de le faire, soumettre l'ensemble de ces questions à la cour » (par. 75). Il a également mentionné qu'il y avait eu un certain nombre de causes en Colombie-Britannique et ailleurs dans le cadre desquelles les dispositions législatives contestées en l'espèce avaient fait l'objet de contestations et qu'il y a chaque année en Colombie-Britannique des centaines de procès au criminel durant lesquels l'accusé « pourrait soulever, de plein droit, les questions constitutionnelles que les demanderesses tentent de soulever en l'espèce » (par. 77).

[13] Le juge a conclu qu'il était tenu d'appliquer le critère visant à déterminer s'il n'y a pas une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour et que les intimées n'avaient pas satisfait à ce critère (par. 85).

(2) British Columbia Court of Appeal, 2010 BCCA 439, 10 B.C.L.R. (5th) 33

[14] The respondents appealed, submitting that the chambers judge had erred by rejecting private interest standing for Ms. Kiselbach and public interest standing for both respondents. The chambers judge's finding that the Society did not have private interest standing was not appealed (para. 3). The majority of the Court of Appeal upheld the chambers judge's decision to deny Ms. Kiselbach's private interest standing, but concluded that both respondents ought to have been granted public interest standing. The only issue on which the Court of Appeal divided was with respect to the third factor, that is, whether standing should be denied because there were other ways the issues raised in the respondents' proceedings could be brought before the courts.

[15] Saunders J.A. (Neilson J.A. concurring), writing for the majority, found no reason for denying public interest standing. She held that this Court has made it clear that the discretion to grant standing must not be exercised mechanistically but rather in a broad and liberal manner to achieve the objective of ensuring that impugned laws are not immunized from review. The majority read the dissenting reasons for judgment of Binnie and LeBel JJ. in *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, as characterizing the *Charter* challenge in that case as a "systemic" challenge, which differs in scope from an individual's challenge addressing a discrete issue. To the majority, *Chaoulli* recognized that any problems arising from the difference in scope of the challenge may be resolved by taking "a more relaxed view of standing in the right case" (para. 59).

(2) Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2010 BCCA 439, 10 B.C.L.R. (5th) 33

[14] Les intimées ont interjeté appel, faisant valoir que le juge en cabinet avait commis une erreur en refusant de reconnaître à M^me^ Kiselbach la qualité pour agir dans l'intérêt privé et aux deux intimées la qualité pour agir dans l'intérêt public. La conclusion du juge en cabinet selon laquelle la Société n'avait pas qualité pour agir dans l'intérêt privé n'a pas été portée en appel (par. 3). La Cour d'appel, à la majorité, a maintenu la décision du juge en cabinet de refuser de reconnaître à M^me^ Kiselbach la qualité pour agir dans l'intérêt privé, mais elle a conclu que la qualité pour agir dans l'intérêt public des deux intimées aurait dû être reconnue. Une seule question a donné lieu à une dissidence en Cour d'appel, soit celle relative au troisième facteur de l'analyse qui vise à déterminer si la cour devait refuser de reconnaître la qualité pour agir parce qu'il y avait d'autres manières de saisir les tribunaux des questions soulevées par les intimées dans le cadre de leurs procédures.

[15] La juge Saunders de la Cour d'appel, avec l'accord de la juge Neilson et rédigeant au nom des juges majoritaires, n'a trouvé aucune raison de refuser de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public. Selon elle, la Cour avait énoncé clairement que le pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir ne doit pas être exercé mécaniquement, mais plutôt de manière large et libérale afin d'assurer que les dispositions législatives contestées n'échappent pas à tout examen. Selon les juges majoritaires, les motifs dissidents exprimés par les juges Binnie et LeBel dans l'arrêt *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, qualifiaient la contestation fondée sur des dispositions de la *Charte* dans cette instance de contestation « systémique » dont la portée différait de celle d'une contestation engagée par un individu et touchant une question particulière. Pour les juges majoritaires, l'arrêt *Chaoulli* a reconnu que les problèmes soulevés par des contestations dont la portée diffère peuvent être réglés en adoptant [TRADUCTION] « une conception plus large de la qualité pour agir lorsqu'il y a lieu de le faire » (par. 59).

[16] Applying this approach, the majority considered this case to fall closer on the spectrum to *Chaoulli* than to *Canadian Council of Churches*. Saunders J.A. took the view that the chambers judge had stripped the action of its central thesis by likening it to cases in which prostitution-related charges were laid. Saunders J.A. focused on the multi-faceted nature of the proposed challenge and felt that the respondents were seeking to challenge the *Criminal Code* provisions with reference to their cumulative effect on sex trade workers. In the majority judges' view, public interest standing ought to be granted in this case because the essence of the complaint was that the law impermissibly renders individuals vulnerable while they go about otherwise lawful activities and exacerbates their vulnerability.

[16] Appliquant cette approche, les juges majoritaires ont estimé que la présente instance se rapprochait davantage de l'affaire *Chaoulli* que de celle du *Conseil canadien des Églises*. Selon la juge Saunders, le juge en cabinet a dépouillé la poursuite de la thèse sur laquelle elle reposait en l'assimilant aux poursuites où avaient été déposées des accusations relatives à la prostitution. La juge Saunders s'est concentrée sur la nature multidimensionnelle de la contestation envisagée et a conclu que les intimées cherchaient à contester les dispositions du *Code criminel* en fonction de leur effet cumulatif sur les travailleurs de l'industrie du sexe. Dans l'opinion des juges majoritaires, la qualité pour agir dans l'intérêt public devait être reconnue en l'espèce puisque l'essence de la plainte était que ces dispositions législatives rendent vulnérables de façon inacceptable des personnes s'adonnant à des activités par ailleurs licites et aggravent leur vulnérabilité.

[17] In dissent, Groberman J.A. agreed with the chambers judge's reasoning. In his view, this case did not raise any challenges that could not be advanced by persons with private interest standing. He accepted the respondents' position that it was unlikely that a case would arise in which a multi-pronged attack on all of the impugned provisions could take place. However, he did not consider that the lack of such an opportunity established a valid basis for public interest standing. He took the view that a very broad-ranging challenge such as the one in this case required extensive evidence on a multitude of issues and he did not find it clear that the litigation process would deal fairly and effectively with such a challenge in a reasonable amount of time. Interpreting the judgment in *Chaoulli*, Groberman J.A. held that the Court had not broadened the basis for public interest standing. In his view, *Chaoulli* did not establish that public interest standing should be granted preferentially for wide and sweeping attacks on legislation.

[17] Le juge Groberman, dissident, a souscrit au raisonnement du juge en cabinet. À son avis, la présente affaire ne soulève aucune contestation qui n'aurait pas pu être engagée par quiconque ayant la qualité pour agir dans l'intérêt privé. Il a accepté la position des intimées selon laquelle il était peu probable qu'une affaire soit engagée dans laquelle il serait possible d'attaquer sous plusieurs aspects la validité de toutes les dispositions contestées. Il n'a cependant pas considéré que l'absence d'une telle possibilité justifie la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public. Il a estimé qu'une contestation dont la portée est très large, comme celle en l'espèce, exige une preuve considérable sur une multitude d'aspects et il ne lui a pas semblé manifeste que le processus judiciaire traiterait de façon équitable et efficace une telle contestation dans un délai raisonnable. Suivant son interprétation de l'arrêt *Chaoulli*, le juge Groberman a conclu que la Cour n'avait pas élargi le fondement de la qualité pour agir dans l'intérêt public. À son avis, cet arrêt n'a pas établi que la qualité pour agir dans l'intérêt public devait être reconnue de façon préférentielle dans le contexte de contestations de portée vaste et générale visant des dispositions législatives.

IV. Analysis

A. *Public Interest Standing*

(1) The Central Issue

[18] In *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, the majority of the Court summed up the law of standing to seek a declaration that legislation is invalid as follows: if there is a serious justiciable issue as to the law's invalidity, "a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court" (p. 598). At the root of this appeal is how this approach to standing should be applied.

[19] The chambers judge, supported by quotations from the leading cases, was of the view that the law sets out three requirements — something in the nature of a checklist — which a person seeking discretionary public interest standing must establish in order to succeed. The respondents, on the other hand, contend for a more flexible approach, emphasizing the discretionary nature of the standing decision. The debate focuses on the third factor as it was expressed in *Borowski* — that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought to the court — and concerns how strictly this factor should be defined and how it should be applied.

[20] My view is that the three elements identified in *Borowski* are interrelated factors that must be weighed in exercising judicial discretion to grant or deny standing. These factors, and especially the third one, should not be treated as hard and fast requirements or free-standing, independently operating tests. Rather, they should be assessed and weighed cumulatively, in light of the underlying purposes of limiting standing and applied in a

IV. Analyse

A. *La qualité pour agir dans l'intérêt public*

(1) La principale question en litige

[18] Dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, les juges majoritaires ont résumé comme suit le droit applicable à la qualité pour agir dans une poursuite visant à faire invalider une loi : si une question justiciable sérieuse se pose quant à l'invalidité de la loi, « il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour » (p. 598). La manière dont cette conception de la qualité pour agir devrait s'appliquer est à l'origine du présent pourvoi.

[19] S'appuyant sur des citations tirées des arrêts de principe, le juge en cabinet a estimé que le droit établit trois conditions — une méthode rappelant l'utilisation d'une liste de contrôle — auxquelles une personne sollicitant l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire pour se voir accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public doit satisfaire pour avoir gain de cause. Les intimées plaident cependant pour une approche plus souple, mettant l'accent sur le caractère discrétionnaire des décisions relatives à la qualité pour agir. Le débat porte sur le troisième facteur tel qu'il a été énoncé dans l'arrêt *Borowski* — soit celui qui consiste à se demander s'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour — et consiste à déterminer la rigueur avec laquelle ce facteur devrait être défini et la façon dont il devrait être appliqué.

[20] À mon avis, les trois éléments énoncés dans l'arrêt *Borowski* sont intimement liés et doivent être considérés dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir. Ces facteurs, et plus particulièrement le troisième, ne devraient pas être considérés comme des exigences inflexibles ou comme des critères autonomes sans aucun lien de dépendance les uns avec les autres. Ils devraient plutôt être appréciés et

flexible and generous manner that best serves those underlying purposes.

[21] I do not propose to lead a forced march through all of the Court's case law on public interest standing. However, I will highlight some key aspects of the Court's standing jurisprudence: its purposive approach, its underlying concern with the principle of legality and its emphasis on the wise application of judicial discretion. I will then explain that, in my view, the proper consideration of these factors supports the Court of Appeal's conclusion that the respondents ought to be granted public interest standing.

(2) The Purposes of Standing Law

[22] The courts have long recognized that limitations on standing are necessary; not everyone who may want to litigate an issue, regardless of whether it affects them or not, should be entitled to do so: *Canadian Council of Churches*, at p. 252. On the other hand, the increase in governmental regulation and the coming into force of the *Charter* have led the courts to move away from a purely private law conception of their role. This has been reflected in some relaxation of the traditional private law rules relating to standing to sue: *Canadian Council of Churches*, at p. 249, and see generally, O. M. Fiss, "The Social and Political Foundations of Adjudication" (1982), 6 *Law & Hum. Behav.* 121. The Court has recognized that, in a constitutional democracy like Canada with a *Charter of Rights and Freedoms*, there are occasions when public interest litigation is an appropriate vehicle to bring matters of public interest and importance before the courts.

[23] This Court has taken a purposive approach to the development of the law of standing in public

soupesés de façon cumulative — à la lumière des objectifs qui sous-tendent les restrictions à la qualité pour agir — et appliqués d'une manière souple et libérale de façon à favoriser la mise en œuvre de ces objectifs sous-jacents.

[21] Je n'ai pas l'intention d'entreprendre l'examen exhaustif de la jurisprudence de la Cour en matière de qualité pour agir dans l'intérêt public. Je vais cependant en souligner certains aspects clés : l'approche téléologique, la préoccupation sous-jacente envers le principe de la légalité et l'importance de l'exercice judicieux du pouvoir judiciaire discrétionnaire. Ensuite, je vais expliquer que, à mon avis, l'examen qu'il convient d'appliquer à ces facteurs confirme la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il y a lieu de reconnaître aux intimées la qualité pour agir dans l'intérêt public.

(2) Les objectifs des règles de droit relatives à la qualité pour agir

[22] Les tribunaux ont reconnu depuis longtemps la nécessité de restreindre la qualité pour agir. En effet, ce ne sont pas toutes les personnes voulant débattre d'une question, sans tenir compte du fait qu'elles soient touchées par l'issue du débat ou pas, qui devraient être autorisées à le faire : *Conseil canadien des Églises*, p. 252. Cela étant dit, l'augmentation de la réglementation gouvernementale et l'entrée en vigueur de la *Charte* ont incité les tribunaux à s'éloigner d'une conception de leur rôle fondée strictement sur le droit privé, comme en témoigne l'observation d'un certain relâchement des règles traditionnelles de droit privé en ce qui concerne la qualité pour engager une poursuite : *Conseil canadien des Églises*, p. 249, et voir aussi généralement O. M. Fiss, « The Social and Political Foundations of Adjudication » (1982), 6 *Law & Hum. Behav.* 121. La Cour a reconnu que, dans le cadre d'une démocratie constitutionnelle comme celle du Canada qui est doté d'une *Charte des droits et libertés*, il existe des occasions où un litige d'intérêt public constitue la façon appropriée de procéder pour saisir les tribunaux de questions d'intérêt public d'importance.

[23] Dans les affaires de droit public, la Cour a adopté une approche téléologique pour l'élaboration

law cases. In determining whether to grant standing, courts should exercise their discretion and balance the underlying rationale for restricting standing with the important role of the courts in assessing the legality of government action. At the root of the law of standing is the need to strike a balance "between ensuring access to the courts and preserving judicial resources": *Canadian Council of Churches*, at p. 252.

[24] It will be helpful to trace, briefly, the underlying purposes of standing law which the Court has identified and how they are considered.

[25] The most comprehensive discussion of the reasons underlying limitations on standing may be found in *Finlay*, at pp. 631-34. The following traditional concerns, which are seen as justifying limitations on standing, were identified: properly allocating scarce judicial resources and screening out the mere busybody; ensuring that courts have the benefit of contending points of view of those most directly affected by the determination of the issues; and preserving the proper role of courts and their constitutional relationship to the other branches of government. A brief word about each of these traditional concerns is in order.

(a) *Scarce Judicial Resources and "Busybodies"*

[26] The concern about the need to carefully allocate scarce judicial resources is in part based on the well-known "floodgates" argument. Relaxing standing rules may result in many persons having the right to bring similar claims and "grave inconvenience" could be the result: see, e.g., *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331, at p. 337. Cory J. put the point cogently on behalf of the Court in *Canadian Council of Churches*, at

des règles de droit applicables à la question de la qualité pour agir. Lorsqu'il s'agit de décider s'il est justifié de reconnaître cette qualité, les tribunaux doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire et mettre en balance, d'une part, le raisonnement qui sous-tend les restrictions à cette reconnaissance et, d'autre part, le rôle important qu'ils jouent lorsqu'ils se prononcent sur la validité des mesures prises par le gouvernement. En somme, les règles de droit relatives à la qualité pour agir tirent leur origine de la nécessité d'établir un équilibre « entre l'accès aux tribunaux et la nécessité d'économiser les ressources judiciaires » : *Conseil canadien des Églises*, p. 252.

[24] Il est utile de rappeler ici succinctement les objectifs sous-jacents que visent les règles de droit relatives à la qualité pour agir formulées par la Cour ainsi que la manière dont ils sont pris en compte.

[25] C'est dans l'arrêt *Finlay*, aux p. 631-634, qu'on trouve l'examen le plus exhaustif du raisonnement qui sous-tend les restrictions à la reconnaissance de la qualité pour agir. En effet, la Cour y a décrit les préoccupations qui, traditionnellement, ont servi à expliquer ces restrictions : l'affectation appropriée des ressources judiciaires limitées et la nécessité d'écarter les trouble-fête; l'assurance que les tribunaux entendront les principaux intéressés faire valoir contradictoirement leurs points de vue; et la sauvegarde du rôle propre aux tribunaux et de leur relation constitutionnelle avec les autres branches du gouvernement. Quelques mots sont de mise concernant chacune de ces préoccupations traditionnelles.

a) *Les ressources judiciaires limitées et les « trouble-fête »*

[26] La préoccupation au regard de l'affectation appropriée des ressources judiciaires limitées est en partie fondée sur l'argument bien connu du « raz de marée ». Le relâchement des règles concernant la qualité pour agir pourrait avoir comme résultat de conférer à plusieurs personnes le droit d'intenter des actions de nature semblable et il pourrait en résulter de [TRADUCTION] « graves inconvénients » : voir, p. ex., *Smith c. Attorney General of Ontario*,

p. 252: "It would be disastrous if the courts were allowed to become hopelessly overburdened as a result of the unnecessary proliferation of marginal or redundant suits brought by well-meaning organizations pursuing their own particular cases certain in the knowledge that their cause is all important." This factor is not concerned with the convenience or workload of judges, but with the effective operation of the court system as a whole.

[27] The concern about screening out "mere busybodies" relates not only to the issue of a possible multiplicity of actions but, in addition, to the consideration that plaintiffs with a personal stake in the outcome of a case should get priority in the allocation of judicial resources. The court must also consider the possible effect of granting public interest standing on others. For example, granting standing may undermine the decision not to sue by those with a personal stake in the case. In addition, granting standing for a challenge that ultimately fails may prejudice other challenges by parties with "specific and factually established complaints": *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, at p. 694.

[28] These concerns about a multiplicity of suits and litigation by "busybodies" have long been acknowledged. But it has also been recognized that they may be overstated. Few people, after all, bring cases to court in which they have no interest and which serve no proper purpose. As Professor K. E. Scott once put it, "[t]he idle and whimsical plaintiff, a dilettante who litigates for a lark, is a specter which haunts the legal literature, not the courtroom": "Standing in the Supreme Court — A Functional Analysis" (1973), 86 *Harv. L. Rev.* 645, at p. 674. Moreover, the blunt instrument of a denial of standing is not the only, or necessarily the

[1924] R.C.S. 331, p. 337. Le juge Cory a présenté la chose de façon convaincante au nom de la Cour dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises* : « Ce serait désastreux si les tribunaux devenaient complètement submergés en raison d'une prolifération inutile de poursuites insignifiantes ou redondantes intentées par des organismes bien intentionnés dans le cadre de la réalisation de leurs objectifs, convaincus que leur cause est fort importante » (p. 252). Ce facteur ne vise pas les questions de commodités ni celles relatives à la charge de travail des juges, mais bien celle du fonctionnement efficace du système judiciaire dans son ensemble.

[27] La préoccupation alimentée par la volonté d'écarter les trouble-fête découle, pour sa part, non seulement de la question de la multiplicité possible des actions, mais également de la thèse selon laquelle les demandeurs qui ont un intérêt personnel dans l'issue d'une affaire devraient bénéficier d'une affectation prioritaire des ressources judiciaires. Les tribunaux doivent aussi prendre en compte l'effet que peut avoir sur les autres la décision de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public. Par exemple, une telle décision pourrait ébranler celle de ne pas intenter de poursuite prise par les personnes ayant un intérêt personnel dans une affaire. En outre, le fait de reconnaître la qualité pour agir dans le cadre d'une contestation qui est ultimement rejetée pourrait faire obstacle à des contestations engagées par des parties qui auraient « des plaintes précises fondées sur des faits » : *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675, p. 694.

[28] Ces préoccupations concernant la multiplicité des poursuites et des demandes présentées par des « trouble-fête » sont reconnues depuis longtemps. Toutefois, il a également été reconnu qu'elles pourraient avoir été exagérées. Après tout, bien peu de gens saisiront les tribunaux d'une affaire dans laquelle ils n'ont aucun intérêt et qui, en soi, ne laisse entrevoir aucune fin légitime. Selon les mots du professeur K. E. Scott, [TRADUCTION] « [l]e demandeur passif et capricieux, le dilettante qui plaide pour le plaisir est un spectre qui hante la littérature juridique, non les salles d'audience » : « Standing in the Supreme Court — A Functional

most appropriate means of guarding against these dangers. Courts can screen claims for merit at an early stage, can intervene to prevent abuse and have the power to award costs, all of which may provide more appropriate means to address the dangers of a multiplicity of suits or litigation brought by mere busybodies: see, e.g., *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, at p. 145.

(b) *Ensuring Contending Points of View*

[29] The second underlying purpose of limiting standing relates to the need for courts to have the benefit of contending points of view of the persons most directly affected by the issue. Courts function as impartial arbiters within an adversary system. They depend on the parties to present the evidence and relevant arguments fully and skillfully. "[C]oncrete adverseness" sharpens the debate of the issues and the parties' personal stake in the outcome helps ensure that the arguments are presented thoroughly and diligently: see, e.g., *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), at p. 204.

(c) *The Proper Judicial Role*

[30] The third concern relates to the proper role of the courts and their constitutional relationship to the other branches of government. The premise of our discretionary approach to public interest standing is that the proceedings raise a justiciable question, that is, a question that is appropriate for judicial determination: *Finlay*, at p. 632; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at pp. 90-91; see also L. M. Sossin, *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in*

Analysis » (1973), 86 *Harv. L. Rev.* 645, p. 674. De plus, le déni catégorique de la reconnaissance de la qualité pour agir n'est pas la seule manière, ni nécessairement la plus appropriée, pour se prémunir contre ces périls. Les tribunaux peuvent vérifier le bien-fondé des demandes dès le stade préliminaire des procédures, ils peuvent intervenir afin de prévenir les abus et ils disposent du pouvoir d'adjuger des dépens. Ces avenues peuvent toutes constituer des manières plus appropriées pour remédier aux dangers de la multiplicité des poursuites ou des demandes présentées par de simples trouble-fête : voir, p. ex., *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, p. 145.

b) *L'assurance que les principaux intéressés feront valoir contradictoirement leurs points de vue*

[29] La deuxième raison sous-jacente à la restriction de la reconnaissance de la qualité pour agir a trait à la nécessité pour les tribunaux d'entendre les principaux intéressés faire valoir contradictoirement leurs points de vue. En effet, les tribunaux agissent comme des arbitres impartiaux dans le cadre d'un système accusatoire. Ils dépendent des parties quant à la présentation complète et adroite des éléments de preuve et des arguments. Or, [TRADUCTION] « une opposition réelle » stimule les débats sur les questions en litige et l'intérêt personnel des parties dans l'issue de l'affaire contribue à la formulation exhaustive et diligente des arguments : voir, p. ex., *Baker c. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), p. 204.

c) *Le rôle propre aux tribunaux*

[30] La troisième préoccupation a trait au rôle propre aux tribunaux et à la relation constitutionnelle qu'ils doivent entretenir avec les autres branches du gouvernement. Notre approche discrétionnaire de la qualité pour agir dans l'intérêt public est fondée sur la prémisse selon laquelle l'instance soulève une question justiciable, c'est-à-dire une question dont les tribunaux peuvent être saisis : *Finlay*, p. 632; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, p. 90-91; voir aussi,

Canada (2nd ed. 2012), at pp. 6-10. This concern engages consideration of the nature of the issue and the institutional capacity of the courts to address it.

(3) The Principle of Legality

[31] The principle of legality refers to two ideas: that state action should conform to the Constitution and statutory authority and that there must be practical and effective ways to challenge the legality of state action. This principle was central to the development of public interest standing in Canada. For example, in the seminal case of *Thorson*, Laskin J. wrote that the "right of the citizenry to constitutional behaviour by Parliament" (p. 163) supports granting standing and that a question of constitutionality should not be "immunized from judicial review by denying standing to anyone to challenge the impugned statute" (p. 145). He concluded that "it would be strange and, indeed, alarming, if there was no way in which a question of alleged excess of legislative power, a matter traditionally within the scope of the judicial process, could be made the subject of adjudication" (p. 145 (emphasis added)).

[32] The legality principle was further discussed in *Finlay*. The Court noted the "repeated insistence in *Thorson* on the importance in a federal state that there be some access to the courts to challenge the constitutionality of legislation" (p. 627). To Le Dain J., this was "the dominant consideration of policy in *Thorson*" (*Finlay*, at p. 627). After reviewing the case law on public interest standing, the Court in *Finlay* extended the scope of discretionary public interest standing to challenges to the statutory authority for administrative action. This was done, in part because these types of challenges were supported by the concern to maintain respect for the "limits of statutory authority" (p. 631).

L. M. Sossin, *Boundaries of Judicial Review : The Law of Justiciability in Canada* (2e éd. 2012), p. 6-10. Cette préoccupation commande un examen de la nature de la question et de la capacité institutionnelle des tribunaux à considérer la question.

(3) Le principe de la légalité

[31] Le principe de la légalité renvoie à deux concepts : d'abord, le fait que les actes de l'État doivent être conformes à la Constitution et au pouvoir conféré par la loi, et qu'il doit exister des manières pratiques et efficaces de contester la légalité des actions de l'État. Ce principe a été au cœur de l'évolution de la notion de qualité pour agir dans l'intérêt public au Canada. Par exemple, dans l'arrêt de principe *Thorson*, le juge Laskin a écrit que « le droit des citoyens au respect de la Constitution par le Parlement » (p. 163) milite pour la reconnaissance de la qualité pour agir et qu'une question de constitutionnalité ne devrait pas être « mise à l'abri d'un examen judiciaire en niant qualité pour agir à quiconque tente d'attaquer la loi contestée » (p. 145). Il a conclu qu'« il serait étrange et même alarmant qu'il n'y ait aucun moyen par lequel une question d'abus de pouvoir législatif, matière traditionnellement de la compétence des cours de justice, puisse être soumise à une décision de justice » (p. 145 (je souligne)).

[32] Le principe de la légalité a été analysé plus en profondeur dans l'arrêt *Finlay*. La Cour y a souligné l'« insistance répétée dans l'arrêt *Thorson* sur l'importance dans un État fédéral de pouvoir s'adresser aux tribunaux pour contester la constitutionnalité d'une loi » (p. 627). Selon le juge Le Dain, cet énoncé constituait « la considération dominante du principe dans l'arrêt *Thorson* » (*Finlay*, p. 627). Au terme d'un examen de la jurisprudence relative à la qualité pour agir dans l'intérêt public, la Cour a étendu, dans l'arrêt *Finlay*, la portée du pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public aux contestations visant des pouvoirs administratifs conférés par une loi. Cette étape a été franchie en partie parce que les contestations de cette nature étaient motivées par le souci d'assurer le respect des « limites [du] pouvoir légal » (p. 631).

[33] The importance of the principle of legality was reinforced in *Canadian Council of Churches*. The Court acknowledged both aspects of this principle: that no law should be immune from challenge and that unconstitutional laws should be struck down. To Cory J., the *Constitution Act, 1982* "entrench[ed] the fundamental right of the public to government in accordance with the law" (p. 250). The use of "discretion" in granting standing was "necessary to ensure that legislation conforms to the Constitution and the *Charter*" (p. 251). Cory J. noted that the passage of the *Charter* and the courts' new concomitant constitutional role called for a "generous and liberal" approach to standing (p. 250). He stressed that there should be no "mechanistic application of a technical requirement. Rather it must be remembered that the basic purpose for allowing public interest standing is to ensure that legislation is not immunized from challenge" (p. 256).

[33] L'importance du principe de la légalité a été renforcée dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises* où la Cour en a reconnu les deux volets : soit, qu'aucune loi ne doit être à l'abri d'une contestation, et que les dispositions législatives inconstitutionnelles doivent être invalidées. Selon le juge Cory, la *Loi constitutionnelle de 1982* « constitutionnalise le droit fondamental du public d'être gouverné conformément aux règles de droit » (p. 250). Ainsi, il est nécessaire que les tribunaux exercent leur pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir « dans les cas où ils doivent [en décider ainsi] pour s'assurer que la loi en question est compatible avec la Constitution et la *Charte* » (p. 251). Le juge Cory a souligné que l'entrée en vigueur de la *Charte* et le nouveau rôle constitutionnel qui en a découlé pour les tribunaux commandaient l'adoption d'une interprétation « souple et libérale » de la question de la qualité pour agir (p. 250). Il a en outre souligné que la décision ne devrait pas découler d'une « application mécaniste d'une exigence technique. On doit plutôt se rappeler que l'objet fondamental de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public est de garantir qu'une loi n'est pas à l'abri de la contestation » (p. 256).

[34] In *Hy and Zel's*, Major J. commented on the underlying rationale for restricting standing and the balance that needs to be struck between limiting standing and giving due effect to the principle of legality:

> If there are other means to bring the matter before the court, scarce judicial resources may be put to better use. Yet the same test prevents the immunization of legislation from review as would have occurred in the *Thorson* and *Borowski* situations. [p. 692]

[34] Dans l'arrêt *Hy and Zel's*, le juge Major a expliqué plus en détail le raisonnement sous-jacent justifiant les restrictions à la qualité pour agir et l'équilibre qu'il faut établir entre l'application de ces restrictions et la nécessité de donner plein effet au principe de la légalité :

> S'il existe d'autres manières de soumettre la question aux tribunaux, les ressources judiciaires limitées peuvent être mieux utilisées. Ce même critère empêche toutefois les lois d'échapper au contrôle judiciaire, comme cela se serait produit dans les circonstances des affaires *Thorson* et *Borowski*. [p. 692]

(4) Discretion

[35] From the beginning of our modern public interest standing jurisprudence, the question of standing has been viewed as one to be resolved through the wise exercise of judicial discretion. As Laskin J. put it in *Thorson*, public interest standing "is a matter particularly appropriate for the exercise of judicial discretion, relating as it does to the effectiveness of process" (p. 161); see also pp. 147

(4) Le pouvoir discrétionnaire

[35] Depuis les premières décisions modernes concernant la qualité pour agir dans l'intérêt public, la question de la qualité pour agir a été considérée comme une question dont la solution est tributaire de l'exercice avisé du pouvoir discrétionnaire judiciaire. Comme l'a affirmé le juge Laskin dans *Thorson*, la qualité pour agir dans l'intérêt public « est une matière qui relève particulièrement

and 163; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265, at pp. 269 and 271; *Borowski*, at p. 593; *Finlay*, at pp. 631-32 and 635. The decision to grant or refuse standing involves the careful exercise of judicial discretion through the weighing of the three factors (serious justiciable issue, the nature of the plaintiff's interest, and other reasonable and effective means). Cory J. emphasized this point in *Canadian Council of Churches* where he noted that the factors to be considered in exercising this discretion should not be treated as technical requirements and that the principles governing the exercise of this discretion should be interpreted in a liberal and generous manner (pp. 256 and 253).

[36] It follows from this that the three factors should not be viewed as items on a checklist or as technical requirements. Instead, the factors should be seen as interrelated considerations to be weighed cumulatively, not individually, and in light of their purposes.

(5) A Purposive and Flexible Approach to Applying the Three Factors

[37] In exercising the discretion to grant public interest standing, the court must consider three factors: (1) whether there is a serious justiciable issue raised; (2) whether the plaintiff has a real stake or a genuine interest in it; and (3) whether, in all the circumstances, the proposed suit is a reasonable and effective way to bring the issue before the courts: *Borowski*, at p. 598; *Finlay*, at p. 626; *Canadian Council of Churches*, at p. 253; *Hy and Zel's*, at p. 690; *Chaoulli*, at paras. 35 and 188. The plaintiff seeking public interest standing must persuade the court that these factors, applied purposively and flexibly, favour granting standing. All of the other relevant considerations being equal, a plaintiff with standing as of right will generally be preferred.

de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des cours de justice, puisqu'elle se rapporte à l'efficacité du recours » (p. 161); voir aussi p. 147 et 163; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265, p. 269 et 271; *Borowski*, p. 593; *Finlay*, p. 631-632 et 635. La décision de reconnaître ou non la qualité pour agir nécessite l'exercice minutieux du pouvoir discrétionnaire judiciaire par la mise en balance des trois facteurs (une question justiciable sérieuse, la nature de l'intérêt du demandeur et les autres manières raisonnables et efficaces). Le juge Cory a insisté sur ce point dans *Conseil canadien des Églises* où il a souligné que les facteurs à prendre en compte dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne devaient pas être considérés comme des exigences techniques et que les principes qui s'y appliquent devraient être interprétés d'une façon libérale et souple (p. 256 et 253).

[36] En conséquence, les trois facteurs ne doivent pas être perçus comme des points figurant sur une liste de contrôle ou comme des exigences techniques. Ils doivent plutôt être vus comme des considérations connexes devant être appréciées ensemble, plutôt que séparément, et de manière téléologique.

(5) L'application des trois facteurs par une approche téléologique et souple

[37] Lorsqu'ils exercent le pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir dans l'intérêt public, les tribunaux doivent prendre en compte trois facteurs : (1) une question justiciable sérieuse est-elle soulevée? (2) le demandeur a-t-il un intérêt réel ou véritable dans l'issue de cette question? et (3) compte tenu de toutes les circonstances, la poursuite proposée constitue-t-elle une manière raisonnable et efficace de soumettre la question aux tribunaux? : *Borowski*, p. 598; *Finlay*, p. 626; *Conseil canadien des Églises*, p. 253; *Hy and Zel's*, p. 690; *Chaoulli*, par. 35 et 188. Le demandeur qui souhaite se voir reconnaître la qualité pour agir doit convaincre la cour que ces facteurs, appliqués d'une manière souple et téléologique, militent en faveur de la reconnaissance de cette qualité. Toutes les autres considérations étant égales par ailleurs, un demandeur qui possède de plein droit la qualité pour agir sera généralement préféré.

[38] The main issue that separates the parties relates to the formulation and application of the third of these factors. However, as the factors are interrelated and there is some disagreement between the parties with respect to at least one other factor, I will briefly review some of the considerations relevant to each and then turn to my analysis of how the factors play out here.

(a) *Serious Justiciable Issue*

[39] This factor relates to two of the concerns underlying the traditional restrictions on standing. In *Finlay*, Le Dain J. linked the justiciability of an issue to the "concern about the proper role of the courts and their constitutional relationship to the other branches of government" and the seriousness of the issue to the concern about allocation of scarce judicial resources (p. 631); see also L'Heureux-Dubé J., in dissent, in *Hy and Zel's*, at pp. 702-3.

[40] By insisting on the existence of a justiciable issue, courts ensure that their exercise of discretion with respect to standing is consistent with the court staying within the bounds of its proper constitutional role (*Finlay*, at p. 632). Le Dain J. in *Finlay* referred to *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, and wrote that "where there is an issue which is appropriate for judicial determination the courts should not decline to determine it on the ground that because of its policy context or implications it is better left for review and determination by the legislative or executive branches of government": pp. 632-33; see also L. Sossin, "The Justice of Access: Who Should Have Standing to Challenge the Constitutional Adequacy of Legal Aid?" (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 727, at pp. 733-34; Sossin, *Boundaries of Judicial Review: The Law of Justiciability in Canada*, at p. 27.

[41] This factor also reflects the concern about overburdening the courts with the "unnecessary proliferation of marginal or redundant suits" and the need to screen out the mere busybody:

[38] La principale question qui oppose les parties en l'espèce a trait à la formulation et à l'application du troisième de ces facteurs. Cependant, comme ils sont tous les trois intimement liés et qu'il existe un différend entre les parties en ce qui concerne au moins un d'entre eux, je vais exposer brièvement certaines des considérations pertinentes quant à chacun de ces facteurs et j'analyserai, par la suite, le rôle qu'ils jouent en l'espèce.

a) *Question justiciable sérieuse*

[39] Ce facteur concerne deux des préoccupations qui sous-tendent les restrictions traditionnelles imposées à la qualité pour agir. Dans *Finlay*, le juge Le Dain a lié la justiciabilité d'une question à la « préoccupation relative au rôle propre des tribunaux et à leur relation constitutionnelle avec les autres branches du gouvernement » et son caractère sérieux à la préoccupation relative à l'utilisation des ressources judiciaires limitées (p. 631); voir aussi, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, dans *Hy and Zel's*, p. 702-703.

[40] En insistant sur l'existence d'une question justiciable, les tribunaux s'assurent d'exercer leur pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir d'une façon qui est cohérente avec l'objectif de demeurer dans les limites du rôle constitutionnel qui leur est propre (*Finlay*, p. 632). Dans *Finlay*, le juge Le Dain a cité l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, et a écrit que « lorsqu'est en cause un litige que les tribunaux peuvent trancher, ceux-ci ne devraient pas refuser de statuer au motif qu'à cause de ses incidences ou de son contexte politiques, il vaudrait mieux en laisser l'examen et le règlement au législatif ou à l'exécutif » : p. 632-633; voir aussi L. Sossin, « The Justice of Access : Who Should Have Standing to Challenge the Constitutional Adequacy of Legal Aid? » (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 727, p. 733-734; Sossin, *Boundaries of Judicial Review : The Law of Justiciability in Canada*, p. 27.

[41] Ce facteur traduit aussi la préoccupation quant au risque que les tribunaux soient submergés en raison d'une « prolifération inutile de poursuites insignifiantes ou redondantes » et la nécessité

Canadian Council of Churches, at p. 252; *Finlay*, at pp. 631-33. As discussed earlier, these concerns can be overplayed and must be assessed practically in light of the particular circumstances rather than abstractly and hypothetically. Other possible means of guarding against these dangers should also be considered.

[42] To constitute a "serious issue", the question raised must be a "substantial constitutional issue" (*McNeil*, at p. 268) or an "important one" (*Borowski*, at p. 589). The claim must be "far from frivolous" (*Finlay*, at p. 633), although courts should not examine the merits of the case in other than a preliminary manner. For example, in *Hy and Zel's*, Major J. applied the standard of whether the claim was so unlikely to succeed that its result would be seen as a "foregone conclusion" (p. 690). He reached this position in spite of the fact that the Court had seven years earlier decided that the same Act was constitutional: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. Major J. held that he was "prepared to assume that the numerous amendments have sufficiently altered the Act in the seven years since *Edwards Books* so that the Act's validity is no longer a foregone conclusion" (*Hy and Zel's*, at p. 690). In *Canadian Council of Churches*, the Court had many reservations about the nature of the proposed action, but in the end accepted that "some aspects of the statement of claim could be said to raise a serious issue as to the validity of the legislation" (p. 254). Once it becomes clear that the statement of claim reveals at least one serious issue, it will usually not be necessary to minutely examine every pleaded claim for the purpose of the standing question.

(b) *The Nature of the Plaintiff's Interest*

[43] In *Finlay*, the Court wrote that this factor reflects the concern for conserving scarce judicial resources and the need to screen out the mere busybody (p. 633). In my view, this factor is concerned

d'écarter les simples trouble-fête : *Conseil canadien des Églises*, p. 252; *Finlay*, p. 631-633. Comme je l'ai exposé précédemment, ces préoccupations peuvent être exagérées et doivent être appréciées en pratique en fonction des circonstances de chaque affaire plutôt que dans l'abstrait ou de façon hypothétique. Il conviendrait aussi d'examiner d'autres façons possibles de se prémunir contre ces dangers.

[42] Pour être considérée comme une « question sérieuse », la question soulevée doit constituer un « point constitutionnel important » (*McNeil*, p. 268) ou constituer une « question [. . .] importante » (*Borowski*, p. 589). L'action doit être « loin d'être futil[e] » (*Finlay*, p. 633), bien que les tribunaux ne doivent pas examiner le bien-fondé d'une affaire autrement que de façon préliminaire. Par exemple, dans l'arrêt *Hy and Zel's*, le juge Major s'est appuyé sur la norme applicable aux cas où il est tellement peu probable que l'action soit accueillie qu'on pourrait considérer son issue comme une conclusion qui « soit [. . .] assurée » (p. 690). Il a adopté cette position en dépit du fait que la Cour avait déclaré sept ans auparavant que la même Loi était constitutionnelle : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Le juge Major a statué qu'il était « prêt à tenir pour acquis que les nombreuses modifications apportées au cours des sept années qui ont suivi l'arrêt *Edwards Books* ont suffisamment changé la Loi pour que sa validité ne soit plus assurée » (*Hy and Zel's*, p. 690). Dans *Conseil canadien des Églises*, la Cour avait de nombreuses réserves quant à la nature de l'action envisagée, mais elle a ultimement accepté que « certains aspects de la déclaration soulev[aient] une question sérieuse quant à la validité de la loi » (p. 254). En outre, dès qu'il devient évident qu'une déclaration fait état d'au moins une question sérieuse, il ne sera généralement pas nécessaire d'examiner minutieusement chacun des arguments plaidés pour trancher la question de la qualité pour agir.

b) *La nature de l'intérêt du demandeur*

[43] Dans l'arrêt *Finlay*, la Cour a écrit que ce facteur traduisait la préoccupation de conserver les ressources judiciaires limitées et la nécessité d'écarter les simples trouble-fête (p. 633). À mon

with whether the plaintiff has a real stake in the proceedings or is engaged with the issues they raise. The Court's case law illustrates this point. In *Finlay*, for example, although the plaintiff did not in the Court's view have standing as of right, he nonetheless had a direct, personal interest in the issues he sought to raise. In *Borowski*, the Court found that the plaintiff had a genuine interest in challenging the exculpatory provisions regarding abortion. He was a concerned citizen and taxpayer and he had sought unsuccessfully to have the issue determined by other means (p. 597). The Court thus assessed Mr. Borowski's engagement with the issue in assessing whether he had a genuine interest in the issue he advanced. Further, in *Canadian Council of Churches*, the Court held it was clear that the applicant had a "genuine interest", as it enjoyed "the highest possible reputation and has demonstrated a real and continuing interest in the problems of the refugees and immigrants" (p. 254). In examining the plaintiff's reputation, continuing interest, and link with the claim, the Court thus assessed its "engagement", so as to ensure an economical use of scarce judicial resources (see K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (looseleaf), at ¶5.120).

(c) *Reasonable and Effective Means of Bringing the Issue Before the Court*

[44] This factor has often been expressed as a strict requirement. For example, in *Borowski*, the majority of the Court stated that the person seeking discretionary standing has "to show . . . that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court": p. 598 (emphasis added); see also *Finlay*, at p. 626; *Hy and Zel's*, at p. 690. However, this consideration has not always been expressed and rarely applied so restrictively. My view is that we should now make clear that it is one of the three factors which must be assessed and weighed in the exercise of judicial discretion. It would be better, in my respectful view, to refer to this third factor as requiring

avis, ce facteur concerne la question de savoir si le demandeur a un intérêt réel dans les procédures ou est engagé quant aux questions qu'elles soulèvent. Ce point est illustré dans la jurisprudence de la Cour. Dans *Finlay*, par exemple, même si, selon la Cour, le demandeur n'avait pas la qualité pour agir de plein droit, il avait néanmoins un intérêt direct et personnel quant aux questions qu'il souhaitait soulever. Dans *Borowski*, la Cour a conclu que le demandeur avait un intérêt véritable dans la contestation des dispositions disculpatoires concernant l'avortement. Il était un citoyen inquiet et un contribuable, et il avait tenté sans succès d'obtenir une décision sur la question par d'autres moyens (p. 597). La Cour a donc évalué l'engagement de M. Borowski relativement à l'objet du litige en examinant s'il avait un intérêt véritable quant à la question qu'il désirait soulever. En outre, dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*, il était évident pour la Cour que le demandeur avait un « intérêt véritable », vu qu'il jouissait « de la meilleure réputation possible et [qu']il a[vait] démontré un intérêt réel et constant dans les problèmes des réfugiés et des immigrants » (p. 254). En examinant la réputation du demandeur, son intérêt continu et son lien avec l'action, la Cour a ainsi évalué son « engagement », de façon à assurer une utilisation efficiente des ressources judiciaires limitées (voir K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (feuilles mobiles), ¶5.120).

c) *Manières raisonnables et efficaces de soumettre la question à la Cour*

[44] Ce facteur a longtemps été qualifié d'exigence stricte. Par exemple, dans *Borowski*, les juges majoritaires de la Cour ont déclaré que la personne demandant l'exercice du pouvoir discrétionnaire pour se voir reconnaître la qualité pour agir doit « démontre[r] qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour » : p. 598 (je souligne); voir aussi *Finlay*, p. 626; *Hy and Zel's*, p. 690. Ce facteur n'a cependant pas toujours été exprimé de façon aussi restrictive et a rarement été appliqué de la sorte. J'estime que nous devrions maintenant indiquer clairement qu'il s'agit d'un des trois facteurs qui doivent être analysés et soupesés par les tribunaux lors de l'exercice

consideration of whether the proposed suit is, in all of the circumstances, and in light of a number of considerations I will address shortly, a reasonable and effective means to bring the challenge to court. This approach to the third factor better reflects the flexible, discretionary and purposive approach to public interest standing that underpins all of the Court's decisions in this area.

(i) The Court Has Not Always Expressed and Rarely Applied This Factor Rigidly

[45] A fair reading of the authorities from this Court demonstrates, in my view, that while this factor has often been expressed as a strict requirement, the Court has not done so consistently and in fact has not approached its application in a rigid fashion.

[46] The strict formulation of the third factor as it appeared in *Borowski* was not used in the two major cases on public interest standing: see *Thorson*, at p. 161; *McNeil*, at p. 271. Moreover, in *Canadian Council of Churches*, the third factor was expressed as whether "there [was] another reasonable and effective way to bring the issue before the court" (p. 253 (emphasis added)).

[47] A number of decisions show that this third factor, however formulated, has not been applied rigidly. For example, in *McNeil*, at issue was the constitutionality of the legislative scheme empowering a provincial board to permit or prohibit the showing of films to the public. It was clear that there were persons who were more directly affected by this regulatory scheme than was the plaintiff, notably the theatre owners and others who were the subject of that scheme. Nonetheless, the Court upheld granting discretionary public interest standing on the basis that the plaintiff, as a member of

de leur pouvoir discrétionnaire. À mon humble avis, il serait préférable de formuler ce troisième facteur comme étant celui exigeant l'examen de la question de savoir si la poursuite proposée, compte tenu de toutes les circonstances et à la lumière d'un grand nombre de considérations dont je vais traiter sous peu, constitue une manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. Cette approche quant au troisième facteur correspond davantage à l'interprétation souple, discrétionnaire et téléologique de la qualité pour agir dans l'intérêt public qui sous-tend toutes les décisions prononcées par la Cour dans ce domaine.

(i) La Cour n'a pas toujours exprimé ce facteur de façon rigide et l'a rarement appliqué de la sorte

[45] À mon avis, une lecture attentive des décisions rendues par la Cour permet de déceler que même si ce facteur a souvent été qualifié d'exigence stricte, la Cour ne l'a pas appliqué avec rigidité de façon constante et, en fait, n'a pas non plus examiné son application de cette manière.

[46] La formulation rigide du troisième facteur telle qu'elle a été énoncée dans l'arrêt *Borowski* n'a pas été retenue dans les deux principales affaires concernant la qualité pour agir dans l'intérêt public : voir *Thorson*, p. 161, et *McNeil*, p. 271. En outre, dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*, le troisième facteur a été formulé comme étant la question de savoir s'« il [y avait] une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour » (p. 253 (je souligne)).

[47] En outre, un grand nombre de décisions illustre que ce troisième facteur n'a pas été appliqué de façon rigide, quelle qu'ait été sa formulation. Par exemple, dans l'arrêt *McNeil*, la question en litige concernait la constitutionnalité de dispositions législatives conférant à une commission provinciale le pouvoir d'autoriser ou d'interdire la projection de films pour le public. Il était évident qu'il y avait des personnes touchées plus directement par ce régime réglementaire que ne l'était le demandeur, notamment les propriétaires de cinémas et d'autres personnes visées par ces dispositions législatives. La

the public, had a different interest than the theatre owners and that there was no other way "practically speaking" to get a challenge of that nature before the court (pp. 270-71). Similarly in *Borowski*, although there were many people who were more directly affected by the legislation in question, they were unlikely in practical terms to bring the type of challenge brought by the plaintiff (pp. 597-98). In both cases, the consideration of whether there were no other reasonable and effective means to bring the matter before the court was addressed from a practical and pragmatic point of view and in light of the particular nature of the challenge which the plaintiffs proposed to bring.

[48] Even when standing was denied because of this factor, the Court emphasized the need to approach discretionary standing generously and not by applying the factors mechanically. The best example is *Canadian Council of Churches*. On one hand, the Court stated that granting discretionary public interest standing "is not required when, on a balance of probabilities, it can be shown that the measure will be subject to attack by a private litigant" (p. 252). However, on the other hand, the Court emphasized that public interest standing is discretionary, that the applicable principles should be interpreted "in a liberal and generous manner" and that the other reasonable and effective means aspect must not be interpreted mechanically as a "technical requirement" (pp. 253 and 256).

(ii) This Factor Must Be Applied Purposively

[49] This third factor should be applied in light of the need to ensure full and complete adversarial

Cour, au terme de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, a tout de même confirmé la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public aux motifs que le demandeur, en tant que membre du public, avait un intérêt différent de celui des propriétaires de cinémas et qu'il n'y avait « pratiquement » aucune autre manière de saisir la cour d'une contestation de cette nature (p. 270-271). De même, dans l'arrêt *Borowski*, bien que plusieurs personnes fussent davantage touchées par la loi en cause, il était peu probable en pratique que ces gens puissent soumettre au tribunal une contestation de la nature de celle engagée par le demandeur (p. 597-598). Dans les deux cas, la question de savoir s'il n'y avait pas d'autres manières raisonnables et efficaces de soumettre la question à la cour a été traitée d'un point de vue pratique et pragmatique, et en fonction de la nature précise de la contestation que le demandeur avait l'intention d'engager.

[48] Même dans les cas où la qualité pour agir n'a pas été reconnue par suite de l'application de ce facteur, la Cour a insisté sur la nécessité d'exercer le pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir plutôt qu'en appliquant les facteurs de façon mécanique. Le meilleur exemple de cette approche se trouve dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*. La Cour a déclaré d'une part que l'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire pour reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public « n'est pas nécessaire [. . .] lorsque, selon une prépondérance des probabilités, on peut établir qu'un particulier contestera la mesure » (p. 252). Toutefois, la Cour a souligné d'autre part que la décision de reconnaître ou non la qualité pour agir dans l'intérêt public relève d'un pouvoir discrétionnaire, que les principes applicables devraient être interprétés « d'une façon libérale et souple » et que le facteur relatif aux autres manières raisonnables et efficaces ne doit pas être interprété comme le résultat d'une application mécaniste d'une « exigence technique » (p. 253 et 256).

(ii) Ce facteur doit être appliqué de manière téléologique

[49] Ce troisième facteur doit être appliqué au regard de la nécessité d'assurer un exposé complet

presentation and to conserve judicial resources. In *Finlay*, the Court linked this factor to the concern that the "court should have the benefit of the contending views of the persons most directly affected by the issue" (p. 633); see also Roach, at ¶5.120. In *Hy and Zel's*, Major J. linked this factor to the concern about needlessly overburdening the courts, noting that "[i]f there are other means to bring the matter before the court, scarce judicial resources may be put to better use" (p. 692). The factor is also closely linked to the principle of legality, since courts should consider whether granting standing is desirable from the point of view of ensuring lawful action by government actors. Applying this factor purposively thus requires the court to consider these underlying concerns.

(iii) A Flexible Approach Is Required to Consider the "Reasonable and Effective" Means Factor

[50] The Court's jurisprudence to date does not have much to say about how to assess whether a particular means of bringing a matter to court is "reasonable and effective". However, by taking a purposive approach to the issue, courts should consider whether the proposed action is an economical use of judicial resources, whether the issues are presented in a context suitable for judicial determination in an adversarial setting and whether permitting the proposed action to go forward will serve the purpose of upholding the principle of legality. A flexible, discretionary approach is called for in assessing the effect of these considerations on the ultimate decision to grant or to refuse standing. There is no binary, yes or no, analysis possible: whether a means of proceeding is reasonable, whether it is effective and whether it will serve to reinforce the principle of legality are matters of degree and must be considered in light of realistic alternatives in all of the circumstances.

des positions contradictoires des parties et de ménager les ressources judiciaires. Dans l'arrêt *Finlay*, la Cour a associé ce facteur à la préoccupation du « tribunal [. . .] d'entendre les principaux intéressés faire valoir contradictoirement leurs points de vue » (p. 633); voir aussi Roach, ¶5.120. Dans l'arrêt *Hy and Zel's*, le juge Major a lié ce facteur à la préoccupation de ne pas surcharger inutilement les tribunaux, soulignant que « [s]'il existe d'autres manières de soumettre la question aux tribunaux, les ressources judiciaires limitées peuvent être mieux utilisées » (p. 692). Ce facteur est aussi étroitement lié au principe de la légalité, puisque les tribunaux doivent déterminer s'il est souhaitable de reconnaître la qualité pour agir en fonction de la nécessité d'assurer la légalité des mesures prises par les acteurs gouvernementaux. Pour appliquer ce facteur de manière téléologique, il est donc nécessaire que le tribunal prenne en compte ces préoccupations sous-jacentes.

(iii) Il est nécessaire d'adopter une approche souple pour évaluer le facteur relatif aux manières « raisonnables et efficaces »

[50] La jurisprudence de la Cour n'est pas très riche en enseignement sur la façon de juger du caractère « raisonnable et efficace » ou non d'une manière donnée de soumettre une question à la cour. Toutefois, en abordant la question sous l'angle téléologique, les tribunaux doivent se demander si l'action envisagée constitue une utilisation efficiente des ressources judiciaires, si les questions sont justiciables dans un contexte accusatoire, et si le fait d'autoriser la poursuite de l'action envisagée favorise le respect du principe de la légalité. Une approche souple et discrétionnaire est de mise pour juger de l'effet de ces considérations sur la décision ultime de reconnaître ou non la qualité pour agir. Par ailleurs, une analyse dichotomique répondant par un oui ou par un non à la question à l'étude n'est pas envisageable : les questions visant à déterminer si une façon de procéder est raisonnable, si elle est efficace et si elle favorise le renforcement du principe de la légalité sont des questions de degré et elles doivent être analysées en fonction de solutions de rechange pratiques, compte tenu de toutes les circonstances.

[51] It may be helpful to give some examples of the types of interrelated matters that courts may find useful to take into account when assessing the third discretionary factor. This list, of course, is not exhaustive but illustrative.

- The court should consider the plaintiff's capacity to bring forward a claim. In doing so, it should examine amongst other things, the plaintiff's resources, expertise and whether the issue will be presented in a sufficiently concrete and well-developed factual setting.

- The court should consider whether the case is of public interest in the sense that it transcends the interests of those most directly affected by the challenged law or action. Courts should take into account that one of the ideas which animates public interest litigation is that it may provide access to justice for disadvantaged persons in society whose legal rights are affected. Of course, this should not be equated with a licence to grant standing to whoever decides to set themselves up as the representative of the poor or marginalized.

- The court should turn its mind to whether there are realistic alternative means which would favour a more efficient and effective use of judicial resources and would present a context more suitable for adversarial determination. Courts should take a practical and pragmatic approach. The existence of other potential plaintiffs, particularly those who would have standing as of right, is relevant, but the practical prospects of their bringing the matter to court at all or by equally or more reasonable and effective means should be considered in light of the practical realities, not theoretical possibilities. Where there are other actual plaintiffs in the sense that other proceedings in relation to the matter are under way, the court should assess from a practical perspective what, if anything, is to be gained

[51] Il pourrait être utile de donner des exemples de certaines questions interdépendantes que les tribunaux pourraient trouver utile de prendre en compte au moment de se pencher sur le troisième facteur discrétionnaire. La liste qui suit n'est naturellement pas exhaustive et ne comprend que quelques exemples.

- Le tribunal devrait tenir compte de la capacité du demandeur d'engager une poursuite. Ce faisant, il devrait examiner notamment ses ressources et son expertise ainsi que la question de savoir si l'objet du litige sera présenté dans un contexte factuel suffisamment concret et élaboré.

- Le tribunal devrait déterminer si la cause est d'intérêt public en ce sens qu'elle transcende les intérêts des parties qui sont le plus directement touchées par les dispositions législatives ou par les mesures contestées. Les tribunaux devraient tenir compte du fait qu'une des idées associées aux poursuites d'intérêt public est que ces poursuites peuvent assurer un accès à la justice aux personnes défavorisées de la société dont les droits reconnus par la loi sont touchés. Ceci ne devrait naturellement pas être assimilé à une permission de reconnaître la qualité pour agir à quiconque décide de s'afficher comme le représentant des personnes pauvres et marginalisées.

- Le tribunal devrait se pencher sur la question de savoir s'il y a d'autres manières réalistes de trancher la question qui favoriseraient une utilisation plus efficace et efficiente des ressources judiciaires et qui offriraient un contexte plus favorable à ce qu'une décision soit rendue dans le cadre du système contradictoire. Les tribunaux devraient adopter une approche pratique et pragmatique. L'existence d'autres demandeurs potentiels, notamment ceux qui possèdent de plein droit la qualité pour agir, est pertinente, mais les chances en pratique qu'ils soumettent la question aux tribunaux ou que des manières aussi ou plus raisonnables et efficaces soient utilisées pour le faire devraient être prises en compte en fonction des réalités pratiques et non des possibilités théoriques. Lorsqu'il y a

by having parallel proceedings and whether the other proceedings will resolve the issues in an equally or more reasonable and effective manner. In doing so, the court should consider not only the particular legal issues or issues raised, but whether the plaintiff brings any particularly useful or distinctive perspective to the resolution of those issues. As, for example, in *McNeil*, even where there may be persons with a more direct interest in the issue, the plaintiff may have a distinctive and important interest different from them and this may support granting discretionary standing.

- The potential impact of the proceedings on the rights of others who are equally or more directly affected should be taken into account. Indeed, courts should pay special attention where private and public interests may come into conflict. As was noted in *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1093, the court should consider, for example, whether "the failure of a diffuse challenge could prejudice subsequent challenges to the impugned rules by parties with specific and factually established complaints". The converse is also true. If those with a more direct and personal stake in the matter have deliberately refrained from suing, this may argue against exercising discretion in favour of standing.

(iv) Conclusion

[52] I conclude that the third factor in the public interest standing analysis should be expressed as: whether the proposed suit is, in all of the circumstances, a reasonable and effective means of

d'autres demandeurs, en ce sens que d'autres actions ont été engagées relativement à la question, le tribunal devrait évaluer d'un point de vue pratique les avantages, le cas échéant, d'avoir des recours parallèles et se demander si ces autres actions vont résoudre les questions de manière aussi ou plus raisonnable et efficace. En procédant ainsi, le tribunal ne devrait pas uniquement prendre en compte les questions juridiques précises ou les points soulevés, mais plutôt chercher à savoir si le demandeur apporte une perspective particulièrement utile ou distincte en vue de régler ces points. À la lecture de l'arrêt *McNeil* par exemple, on voit que même lorsque des personnes peuvent avoir un intérêt plus direct dans la question, le demandeur peut avoir un intérêt distinct et important qui diffère de celui des autres, ce qui peut justifier que le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire pour lui reconnaître la qualité pour agir.

- L'incidence éventuelle des procédures sur les droits d'autres personnes dont les intérêts sont aussi, sinon plus touchés devrait être prise en compte. En effet, les tribunaux devraient porter une attention particulière aux situations où les intérêts privés et publics seraient susceptibles d'entrer en conflit. Comme il est indiqué dans l'arrêt *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, p. 1093, le tribunal devrait se demander, par exemple, si « l'échec d'une contestation trop diffuse pourrait faire obstacle à des contestations ultérieures des règles en question, par certaines parties qui auraient des plaintes précises fondées sur des faits ». L'inverse est également vrai. Ainsi, que les personnes ayant des intérêts plus directs et personnels dans la cause se soient abstenues volontairement d'engager une poursuite pourrait militer pour le refus par la cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir.

(iv) Conclusion

[52] Je conclus que le troisième facteur de l'analyse de la qualité pour agir dans l'intérêt public devrait être formulé comme ceci : la poursuite proposée constitue-t-elle, compte tenu de toutes les

bringing the matter before the court. This factor, like the other two, must be assessed in a flexible and purposive manner and weighed in light of the other factors.

(6) Weighing the Three Factors

[53] I return to the circumstances of this case in light of the three factors which must be considered: whether the case raises a serious justiciable issue, whether the respondents have a real stake or a genuine interest in the issue(s) and the suit is a reasonable and effective means of bringing the issues before the courts in all of the circumstances. Although there is little dispute that the first two factors favour granting standing, I will review all three as in my view they must be weighed cumulatively rather than individually. I conclude that when all three factors are considered in a purposive, flexible and generous manner, the Court of Appeal was right to grant public interest standing to the Society and Ms. Kiselbach.

(a) *Serious Justiciable Issue*

[54] As noted, with one exception, there is no dispute that the respondents' action raises serious and justiciable issues. The constitutionality of the prostitution laws certainly constitutes a "substantial constitutional issue" and an "important one" that is "far from frivolous": see *McNeil*, at p. 268; *Borowski*, at p. 589; *Finlay*, at p. 633. Indeed, the respondents argue that the impugned *Criminal Code* provisions, by criminalizing many of the activities surrounding prostitution, adversely affect a great number of women. These issues are also clearly justiciable ones, as they concern the constitutionality of the challenged provisions. Consideration of this factor unequivocally supports exercising discretion in favour of standing.

[55] The appellant submits, however, that the respondents' action does not disclose a serious

circonstances, une manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. Ce facteur, comme les deux autres, doit être apprécié d'une manière souple et téléologique en plus d'être soupesé à la lumière des autres facteurs.

(6) Appréciation des trois facteurs

[53] Je reviens aux circonstances de l'espèce pour y appliquer les trois facteurs qui doivent être pris en compte : l'affaire soulève-t-elle une question justiciable sérieuse? Les intimées ont-elles un intérêt réel ou véritable dans la question ou les questions? La poursuite constitue-t-elle, compte tenu de toutes les circonstances, une manière raisonnable et efficace de soumettre les questions à la cour? Bien qu'il n'y ait guère de désaccord quant au fait que les deux premiers facteurs favorisent la reconnaissance de la qualité pour agir, je vais les examiner tous les trois, car, à mon avis, ils doivent être appréciés cumulativement plutôt qu'individuellement. Après avoir examiné les trois facteurs suivant une approche téléologique, souple et libérale, je conclus que la Cour d'appel était justifiée de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public à la Société et à M^me^ Kiselbach.

a) *Une question justiciable sérieuse*

[54] Comme je l'ai déjà indiqué, à une exception près, nul ne conteste que l'action des intimées soulève des questions sérieuses et justiciables. La constitutionnalité des lois relatives à la prostitution constitue certainement un « point constitutionnel important » (*McNeil*, p. 268) et une « question [. . .] importante » (*Borowski*, p. 589) qui est « loin d'être futil[e] » (*Finlay*, p. 633). De fait, les intimées soutiennent que les dispositions contestées du *Code criminel* en criminalisant plusieurs des activités entourant la prostitution, nuisent à un grand nombre de femmes. Ces questions sont aussi clairement justiciables, en ce qu'elles concernent la constitutionnalité des dispositions contestées. L'examen de ce facteur appuie sans équivoque l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont jouissent les tribunaux afin de reconnaître la qualité pour agir.

[55] L'appelant fait cependant valoir que l'action des intimées ne soulève pas de question

issue with respect to the constitutionality of s. 213(1)(*c*) (formerly s. 195.1(1)(*c*)) because this Court has upheld that provision in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, and *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235.

[56] On this point, I completely agree with the learned chambers judge. He held that, in the circumstances of this broad and multi-faceted challenge, it is not necessary for the purposes of deciding the standing issue to resolve whether the principles of *stare decisis* permit the respondents to raise this particular aspect of their much broader claim. A more pragmatic approach is to say, as did Cory J. in *Canadian Council of Churches* and the chambers judge in this case, that some aspects of the statement of claim raise serious issues as to the invalidity of the legislation. Where there are aspects of the claim that clearly raise serious justiciable issues, it is better for the purposes of the standing analysis not to get into a detailed screening of the merits of discrete and particular aspects of the claim. They can be assessed using other appropriate procedural vehicles.

(b) *The Proposed Plaintiff's Interest*

[57] Applying the purposive approach outlined earlier, there is no doubt, as the appellant accepts that this factor favours granting public interest standing. The Society has a genuine interest in the current claim. It is fully engaged with the issues it seeks to raise.

[58] As the respondents point out, the Society is no busybody and has proven to have a strong engagement with the issue. It has considerable experience with the sex workers in the Downtown Eastside of Vancouver and it is familiar with their interests. It is a registered non-profit organization that is run "by and for" current and former sex

sérieuse au regard de la constitutionnalité de l'al. 213(1)*c*) (anciennement l'al. 195.1(1)*c*)) parce que la Cour a confirmé la validité de cette disposition dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, et dans *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235.

[56] Sur ce point, je suis tout à fait d'accord avec le juge en cabinet. Il a conclu que, dans les circonstances de la présente contestation vaste et à multiples facettes, il n'était pas nécessaire, aux fins de disposer de la question de la qualité pour agir, de déterminer si le principe du *stare decisis* permet aux intimées de soulever cet aspect particulier de leur action qui est par ailleurs beaucoup plus vaste. On peut dire de façon plus pragmatique, comme l'ont fait le juge Cory dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises* et le juge siégeant en cabinet en l'espèce, que certains éléments de la déclaration soulèvent des questions sérieuses au regard de l'invalidité des dispositions législatives. Lorsqu'il est évident que certains aspects de l'action soulèvent des questions justiciables sérieuses, il est préférable dans le cadre de l'analyse de la question de la qualité pour agir de ne pas se livrer à un examen en profondeur du bien-fondé des aspects distincts et particuliers de l'action. Ces derniers peuvent être examinés au moyen d'autres véhicules procéduraux appropriés.

b) *L'intérêt que devrait avoir le demandeur*

[57] En appliquant l'approche téléologique déjà exposée, il ne subsiste aucun doute, d'ailleurs l'appelant en convient lui-même, que ce facteur joue en faveur de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public. La Société a un intérêt véritable dans la présente demande. Elle est totalement engagée au regard des questions qu'elle souhaite soulever.

[58] Comme le soulignent les intimées, la Société n'agit pas en trouble-fête et a démontré un solide engagement à l'égard de l'enjeu en cause. Elle a une expérience considérable relativement aux travailleurs de l'industrie du sexe du quartier Downtown Eastside de Vancouver et elle connaît bien leurs intérêts. Il s'agit d'un organisme sans but

workers who live and/or work in this neighbourhood of Vancouver. Its mandate is based upon the vision and the needs of street-based sex workers and its objects include working toward better health and safety for sex workers, working against all forms of violence against sex workers and lobbying for policy and legal changes that will improve the lives and working conditions of the sex workers (R.F., at para. 8).

[59] From Sheryl Kiselbach's affidavit, it is clear that she is deeply engaged with the issues raised. Not only does she claim that the prostitution laws have directly and significantly affected her for 30 years (A.R., vol. IV, at pp. 15-17), but also she notes that she is now employed as a violence prevention coordinator.

(c) *Reasonable and Effective Means of Bringing the Issue Before the Court*

[60] Understandably, the chambers judge treated the traditional formulation of this factor as a requirement of a strict test. He rejected the respondents' submission that they ought to have standing because their action was "[t]he most reasonable and effective way" to bring this challenge to court. The judge noted that this submission misstated the test set down by this Court and that he was "bound to apply" the test requiring the respondents to show that "there is no other reasonable and effective way to bring the issue before the court" (paras. 84-85). However, for the reasons I set out earlier, approaching the third factor in this way should be considered an error in principle. We must therefore reassess the weight to be given to this consideration when it is applied in a purposive and flexible manner.

[61] The learned chambers judge had three related concerns which he thought militated strongly

lucratif enregistré qui est administré « par et pour » des travailleurs qui exercent un métier dans l'industrie du sexe, ou qui en ont déjà exercé un, et qui habitent ou travaillent dans ce quartier de Vancouver. L'objet de cet organisme est fondé sur la vision et les besoins des travailleurs de la rue de l'industrie du sexe et ses objets visent notamment à améliorer leur santé et leur sécurité, à s'opposer à toutes les formes de violence à leur égard et à exercer des pressions pour obtenir des modifications aux politiques et aux lois afin d'améliorer les conditions de vie et de travail des travailleurs du sexe (m.i., par. 8).

[59] D'après l'affidavit de Sheryl Kiselbach, il est évident qu'elle est fortement engagée dans les questions soulevées. Non seulement soutient-elle que les lois relatives à la prostitution l'ont directement et considérablement affectée durant 30 ans (d.a., vol. IV, p. 15-17), mais elle souligne également qu'elle est maintenant employée comme coordonnatrice de la prévention de la violence.

c) *Les manières raisonnables et efficaces de soumettre la question à la cour*

[60] Pour des raisons faciles à comprendre, le juge en cabinet a considéré la formulation traditionnelle de ce facteur comme une exigence d'un test d'application stricte. Il a rejeté l'argument des intimées selon lequel la qualité pour agir aurait dû leur être reconnue parce que leur action était [TRADUCTION] « [l]a manière la plus raisonnable et efficace » de soumettre la présente contestation à la cour. Le juge a souligné que cet argument dénaturait le critère formulé par la Cour et qu'il était « tenu d'appliquer » le critère exigeant que les intimées démontrent qu'« il n'y a pas d'autres manières raisonnables et efficaces de soumettre la question à la cour » (par. 84-85). Toutefois, pour les motifs que j'ai déjà formulés, un tel examen du troisième facteur devrait être considéré comme une erreur de principe. Nous devons donc réévaluer le poids qu'il convient de donner à ce facteur lorsqu'il est pris en compte de manière téléologique et souple.

[61] Le juge en cabinet était préoccupé par trois questions connexes qui, selon lui, militaient

against granting public interest standing. First, he thought that the existence of the *Bedford* litigation in Ontario showed that there could be other potential plaintiffs to raise many of the same issues. Second, he noted that there were many criminal prosecutions under the challenged provisions and that the accused in each one of them could raise constitutional issues as of right. Finally, he was not persuaded that individual sex workers could not bring the challenge forward as private litigants. I will discuss each of these concerns in turn.

[62] The judge was first concerned by the related *Bedford* litigation underway in Ontario. The judge noted that the fact that there is another civil case in another province which raises many of the same issues "would not necessarily be sufficient reason for concluding that the present case . . . should not proceed", it nonetheless "illustrates that if public interest standing is not granted . . . there may nevertheless be potential plaintiffs with personal interest standing who could, if they chose to do so, bring all of these issues before the court" (para. 75).

[63] The existence of parallel litigation is certainly a highly relevant consideration that will often support denying standing. However, I agree with the chambers judge that the existence of a civil case in another province — even one that raises many of the same issues — is not necessarily a sufficient basis for denying standing. There are several reasons for this.

[64] One is that, given the provincial organization of our superior courts, decisions of the courts in one province are not binding on courts in the others. Thus, litigation in one province is not necessarily a full response to a plaintiff wishing to litigate similar issues in another. What is needed is a

fortement contre la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public. Premièrement, il croyait que l'existence de l'affaire *Bedford* en Ontario démontrait qu'il pourrait y avoir de nombreux autres demandeurs susceptibles de soulever en grand nombre les mêmes points. Deuxièmement, il a remarqué que de nombreuses poursuites criminelles avaient été engagées en application des dispositions contestées et que l'accusé dans chacune de ces poursuites pouvait de plein droit soulever des questions constitutionnelles. Enfin, il n'était pas convaincu que des travailleurs du sexe ne pouvaient pas, de leur propre chef, faire valoir la contestation en tant que parties privées. Je vais examiner chacune de ces préoccupations successivement.

[62] Le juge était d'abord préoccupé par le litige connexe en cours en Ontario, soit l'affaire *Bedford*. Il a souligné que le fait qu'il y ait une autre affaire en matière civile dans une autre province et dans laquelle plusieurs des mêmes questions sont soulevées [TRADUCTION] « ne constituerait pas nécessairement un motif suffisant pour conclure que la présente instance [. . .] ne devrait pas procéder », mais cela « illustre que si la qualité pour agir n'est pas accordée [. . .], il pourrait tout de même y avoir des demandeurs ayant la qualité pour agir qui pourraient, s'ils décidaient de le faire, soumettre à la cour l'ensemble de ces questions » (par. 75).

[63] L'existence d'une instance parallèle constitue certainement un facteur hautement pertinent qui milite souvent contre la reconnaissance de la qualité pour agir. Je conviens cependant avec le juge en cabinet que l'existence d'une affaire civile dans une autre province — même si elle soulève beaucoup de questions identiques — n'est pas nécessairement un motif suffisant pour refuser de reconnaître la qualité pour agir. Cela s'explique de plusieurs façons.

[64] Premièrement, compte tenu de l'organisation provinciale de nos cours supérieures, les décisions rendues par celles d'une province ne lient pas les cours des autres provinces. Ainsi, une instance dans une province n'apporte pas nécessairement une réponse complète au demandeur qui désire

practical and pragmatic assessment of whether having parallel proceedings in different provinces is a reasonable and effective approach in the particular circumstances of the case. Another point is that the issues raised in the *Bedford* case are not identical to those raised in this one. Unlike in the present case, the *Bedford* litigation does not challenge ss. 211, 212(1)(*a*), (*b*), (*c*), (*d*), (*e*), (*f*), (*h*) or (3) of the *Code* and does not challenge any provisions on the basis of ss. 2(*d*) or 15 of the *Charter*. A further point is that, as discussed earlier, the court must examine not only the precise legal issue, but the perspective from which it is raised. The perspectives from which the challenges in *Bedford* and in this case come are very different. The claimants in *Bedford* were not primarily involved in street-level sex work, whereas the main focus in this case is on those individuals. As the claim of unconstitutionality of the prostitution laws revolves mainly around the effects it has on street-level sex workers, the respondents in this action ground their challenges in a distinctive context. Finally, there may be other litigation management strategies, short of the blunt instrument of a denial of standing, to ensure the efficient and effective use of judicial resources. We were told, for example, that the respondents proposed that their appeal to this Court should be stayed awaiting the results of the *Bedford* litigation. A stay of proceedings pending resolution of other litigation is one possibility that should be taken into account in exercising the discretion as to standing.

[65] Taking these points into account, the existence of the *Bedford* litigation in Ontario, in the circumstances of this case, does not seem to me to weigh very heavily against the respondents in considering whether their suit is a reasonable and effective means of bringing the pleaded claims forward. The *Bedford* litigation, in my view, has not

intenter une poursuite sur des questions semblables dans une autre province. Il faut donc évaluer de façon pratique et pragmatique si le fait d'avoir des instances parallèles dans des provinces différentes constitue une approche raisonnable et efficace dans les circonstances particulières de l'espèce. Deuxièmement, les questions soulevées dans l'affaire *Bedford* ne sont pas identiques à celles soulevées en l'espèce. En effet, contrairement à la présente affaire, l'affaire *Bedford* ne vise pas la contestation de l'art. 211, des al. 212(1)*a*), *b*), *c*), *d*), *e*), *f*) et *h*) et du par. 212(3) du *Code criminel* et ne conteste aucune disposition sur le fondement de l'al. 2*d*) ou sur l'art. 15 de la *Charte*. En outre, comme nous l'avons vu, le tribunal doit examiner non seulement la question juridique précise posée, mais aussi le contexte dans lequel elle l'est. Or, les contextes qui sont à l'origine des contestations dans l'affaire *Bedford* et dans la présente affaire sont très différents. Les demanderesses dans l'affaire *Bedford* n'étaient pas principalement des travailleuses de l'industrie du sexe qui exerçait leur métier dans la rue, tandis que, en l'espèce, ce sont elles qui sont au cœur du débat. Comme l'argument d'inconstitutionnalité des lois relatives à la prostitution porte principalement sur les effets qu'elles ont sur ces travailleurs, les intimées en l'espèce fondent leurs contestations dans un contexte distinctif. Troisièmement, mise à part la mesure radicale qui consiste à ne pas reconnaître la qualité pour agir, il pourrait y avoir d'autres stratégies en matière de gestion des litiges visant à assurer l'utilisation efficiente et efficace des ressources judiciaires. Par exemple, les intimées auraient suggéré que leur pourvoi devant la Cour soit suspendu dans l'attente de l'issue de l'affaire *Bedford*. La suspension des procédures jusqu'au règlement d'autres instances est, de fait, une possibilité qui devrait être prise en compte lors de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir.

[65] En tenant compte de ce qui précède, l'existence de l'affaire *Bedford* en Ontario, dans les circonstances de la présente affaire, ne me semble pas peser très lourd contre les intimées lorsqu'il s'agit de déterminer si la poursuite qu'elles ont intentée constitue une manière raisonnable et efficace de soumettre à la cour les allégations formulées. À

been shown to be a more reasonable and effective means of doing so.

[66] The second concern identified by the chambers judge was that there are hundreds of prosecutions under the impugned provisions every year in British Columbia. In light of this, he reasoned that "the accused in each one of those cases would be entitled, as of right, to raise the constitutional issues that the plaintiffs seek to raise in the case at bar" (para. 77). He noted, in addition, that such challenges have been mounted by accused persons in numerous prostitution-related criminal trials (paras. 78-79). In my view, however, there are a number of points in the circumstances of this case that considerably reduce the weight that should properly be given this concern here.

[67] To begin, the importance of a purposive approach to standing makes clear that the existence of a parallel claim, either potential or actual, is not conclusive. Moreover, the existence of potential plaintiffs, while of course relevant, should be considered in light of practical realities. As I will explain, the practical realities of this case are such that it is very unlikely that persons charged under these provisions would bring a claim similar to the respondents'. Finally, the fact that some challenges have been advanced by accused persons in numerous prostitution-related criminal trials is not very telling either.

[68] The cases to which we have been referred did not challenge nearly the entire legislative scheme as the respondents do. As the respondents point out, almost all the cases referred to were challenges to the communication law alone: *R. v. Stagnitta*, [1990] 1 S.C.R. 1226; *Skinner*; *R. v. Smith* (1988), 44 C.C.C. (3d) 385 (Ont. H.C.J.); *R. v. Gagne*, [1988] O.J. No. 2518 (QL) (Prov. Ct.); *R. v. Jahelka* (1987), 43 D.L.R. (4th) 111 (Alta. C.A.); *R.*

mon avis, il n'a pas été démontré que cette autre affaire constituait une manière plus raisonnable et efficace d'y arriver.

[66] Le deuxième point dont le juge en cabinet était préoccupé concernait les centaines de poursuites engagées chaque année en Colombie-Britannique en application des dispositions contestées. Il en a conclu que [TRADUCTION] « l'accusé dans chacune de ces causes pourrait de plein droit soulever les questions constitutionnelles que les demanderesses tentent de soulever en l'espèce » (par. 77). En outre, il a souligné que de telles contestations avaient été formulées par des accusés dans de nombreux procès criminels en matière de prostitution (par. 78-79). À mon avis, il y a cependant un certain nombre de facteurs qui, dans les circonstances de la présente instance, réduisent considérablement l'importance qu'il convient d'accorder à cette préoccupation.

[67] Tout d'abord, compte tenu de l'importance d'adopter une approche téléologique au regard de la qualité pour agir, il est évident que l'existence d'une action parallèle, qu'elle soit éventuelle ou réelle, n'est pas déterminante. De plus, l'existence de demandeurs potentiels, bien qu'évidemment un facteur pertinent, ne devrait être prise en compte qu'en fonction de considérations d'ordre pratique. Comme je l'expliquerai plus loin, les considérations d'ordre pratique, en l'espèce, sont telles qu'il est très peu probable que des personnes accusées en application de ces dispositions engageraient une action semblable à celle des demanderesses. Enfin, le fait que certaines contestations aient été formulées par des accusés dans le cadre de nombreux procès criminels en matière de prostitution n'est pas non plus très révélateur.

[68] Les causes qui ont été portées à notre attention étaient loin de contester la validité de l'ensemble du régime législatif comme les intimées le font en l'espèce. Comme celles-ci l'ont d'ailleurs souligné, la presque totalité de la jurisprudence citée renvoie à des contestations qui visaient uniquement les infractions relatives à la communication : *R. c. Stagnitta*, [1990] 1 R.C.S. 1226; *Skinner*; *R. c. Smith* (1988), 44 C.C.C. (3d) 385 (H.C.J. Ont.); *R.*

v. Kazelman, [1987] O.J. No. 1931 (QL) (Prov. Ct.); *R. v. Bavington*, 1987 [1987] O.J. No. 2728 (QL) (Prov. Ct.); *R. v. Cunningham* (1986), 31 C.C.C. (3d) 223 (Man. Prov. Ct.); *R. v. Bear* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 255 (Prov. Ct.); *R. v. McLean* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 232 (S.C.); *R. v. Bailey*, [1986] O.J. No. 2795 (QL) (Prov. Ct.); *R. v. Cheeseman*, Sask. Prov. Ct., June 19, 1986; *R. v. Blais*, 2008 BCCA 389, 301 D.L.R. (4th) 464. Most of the other cases challenged one provision only, either the procurement provision (*R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Boston*, [1988] B.C.J. No. 1185 (QL) (C.A.)), or the bawdy house provision (*R. v. DiGiuseppe* (2002), 161 C.C.C. (3d) 424 (Ont. C.A.)). From the record, the only criminal cases that challenge more than one section of the prostitution provisions were commenced *after* this case (Affidavit of Karen Howden, June 24, 2011, at para. 10 (*R. v. Mangat*) (A.R., vol. V, at p. 102; vol. IX, at pp. 31-36); paras. 4-5 (*R. v. Cho*) (A.R., vol. V, at p. 102; vol. VIII, at p. 163); paras. 2 and 11 (*R. v. To*) (A.R., vol. V, at pp. 101-3 and 104-12)). At the time of writing these reasons, one case had been dismissed, the other held in abeyance pending the outcome of this case and the last one was set for a preliminary inquiry.

[69] Of course, an accused in a criminal case will always be able to raise a constitutional challenge to the provisions under which he or she is charged. But that does not mean that this will necessarily constitute a more reasonable and effective alternative way to bring the issue to court. The case of *Blais* illustrates this point. In that case, the accused, a client, raised a constitutional challenge to the communication provision without any evidentiary support. The result was that the Provincial Court of British Columbia dismissed the constitutional claim, without examining it in detail. Further, the inherent unpredictability of criminal trials makes it more difficult for a party raising the type of challenge raised in this instance. For instance, in *R. v. Hamilton* (Affidavit of Elizabeth Campbell, September 17, 2008, at para. 6 (A.R., vol. II, at pp. 34-35)), the Crown, for

c. Gagne, [1988] O.J. No. 2518 (QL) (C. prov.); *R. c. Jahelka* (1987), 43 D.L.R. (4th) 111 (C.A. Alb.); *R. c. Kazelman*, [1987] O.J. No. 1931 (QL) (C. prov.); *R. c. Bavington*, [1987] O.J. No. 2728 (QL) (C. prov.); *R. c. Cunningham* (1986), 31 C.C.C. (3d) 223 (C. prov. Man.); *R. c. Bear* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 255 (C. prov.); *R. c. McLean* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 232 (C.S.); *R. c. Bailey*, [1986] O.J. No. 2795 (QL) (C. prov.); *R. c. Cheeseman*, C. prov. Sask., 19 juin 1986; *R. c. Blais*, 2008 BCCA 389, 301 D.L.R. (4th) 464. La majorité des autres causes ne contestaient qu'une disposition, soit celle relative au proxénétisme (*R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Boston*, [1988] B.C.J. No. 1185 (QL) (C.A.)), ou celle relative aux maisons de débauche (*R. c. DiGiuseppe* (2002), 161 C.C.C. (3d) 424 (C.A. Ont.)). Il appert du dossier que les seules causes criminelles dont la contestation porte sur plus d'une disposition relative à la prostitution ont été intentées *après* la présente affaire (affidavit de Karen Howden, 24 juin 2011, par. 10 (*R. c. Mangat*) (d.a., vol. V, p. 102; d.a., vol. IX, p. 31-36); par. 4-5 (*R. c. Cho*) (d.a., vol. V, p. 102; d.a., vol. VIII, p. 163); par. 2 et 11 (*R. c. To*) (d.a., vol. V, p. 101-103 et 104-112). Au moment de rédiger les présents motifs, une affaire avait été rejetée, une autre avait été suspendue en attendant l'issue de la présente affaire et, dans la dernière, une date avait été fixée pour la tenue de l'enquête préliminaire.

[69] Il va de soi qu'une personne accusée dans une instance en matière criminelle peut toujours soulever une contestation constitutionnelle des dispositions en application desquelles elle est accusée. Mais, cela ne signifie pas que cette éventualité constituera nécessairement une manière plus raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. L'affaire *Blais* illustre ce point. Dans cette affaire, l'accusé, un client, a soulevé une contestation constitutionnelle à l'encontre de la disposition relative à la communication, et ce, sans aucune preuve à l'appui. La Cour provinciale de la Colombie-Britannique a donc rejeté la revendication constitutionnelle sans l'examiner en détail. De plus, le caractère imprévisible inhérent aux procès criminels rend les choses encore plus difficiles pour une partie soulevant une contestation de la nature de celle engagée en l'espèce. Par exemple,

unrelated reasons, entered a stay of proceedings after the accused filed a constitutional challenge to a bawdy house provision. Thus, the challenge could not proceed.

[70] Moreover, the fact that many challenges could be or have been brought in the context of criminal prosecutions may in fact support the view that a comprehensive declaratory action is a more reasonable and effective means of obtaining final resolution of the issues raised. There could be a multitude of similar challenges in the context of a host of criminal prosecutions. Encouraging that approach does not serve the goal of preserving scarce judicial resources. Moreover, a summary conviction proceeding may not necessarily be a more appropriate setting for a complex constitutional challenge.

[71] The third concern identified by the chambers judge was that he could not understand how the vulnerability of the Society's constituency made it impossible for them to come forward as plaintiffs, given that they were prepared to testify as witnesses (para. 76). However, being a witness and a party are two very different things. In this case, the record shows that there were no sex workers in the Downtown Eastside neighbourhood of Vancouver willing to bring a comprehensive challenge forward. They feared loss of privacy and safety and increased violence by clients. Also, their spouses, friends, family members and/or members of their community may not know that they are or were involved in sex work or that they are or were drug users. They have children that they fear will be removed by child protection authorities. Finally, bringing such challenge, they fear, may limit their current or future education or employment opportunities (Affidavit of Jill Chettiar, September 26, 2008, at paras. 16-18 (A.R., vol. IV, at pp. 184-85)).

dans l'affaire *R. c. Hamilton* (affidavit d'Elizabeth Campbell, 17 septembre 2008, par. 6 (d.a., vol. II, p. 34-35)), le ministère public a demandé, pour des raisons distinctes, la suspension des procédures à la suite du dépôt par l'accusé d'une contestation constitutionnelle de la disposition concernant les maisons de débauche. La contestation n'a donc pas pu suivre son cours.

[70] En outre, le fait que de nombreuses contestations pourraient être ou aient été engagées, ou l'ont été, dans le cadre de poursuites en matière criminelle pourrait en fait corroborer la thèse selon laquelle une demande exhaustive de jugement déclaratoire est en fait une manière plus raisonnable et efficace d'en arriver à un règlement définitif des questions soulevées. Il pourrait y avoir une multitude de contestations semblables engagées dans le cadre d'une myriade de poursuites criminelles. En favorisant cette approche, on ne satisferait pas à l'objectif visant à préserver les ressources judiciaires limitées. En outre, une procédure par voie de déclaration sommaire de culpabilité ne constitue pas nécessairement un cadre plus approprié pour le traitement d'une contestation constitutionnelle complexe.

[71] La troisième préoccupation exposée par le juge en cabinet portait sur le fait qu'il ne pouvait pas s'expliquer comment la vulnérabilité des membres de la Société les empêchait de comparaître en qualité de demanderesses, étant donné qu'elles étaient prêtes à témoigner au procès (par. 76). Or, être témoin et être partie à une action sont deux choses bien différentes. Il appert du dossier en l'espèce qu'aucun travailleur de l'industrie du sexe du quartier Downtown Eastside de Vancouver n'était prêt à intenter une contestation exhaustive. Ils craignent une atteinte à leur vie privée et à leur sécurité ainsi qu'un accroissement des actes de violence de la part des clients. De plus, leurs conjoints, leurs amis, les membres de leur famille ou de leur collectivité pourraient ne pas savoir qu'ils travaillent ou ont travaillé dans l'industrie du sexe et qu'ils consomment ou ont consommé des drogues. Ils craignent que leurs enfants leur soient retirés par les autorités responsables de la protection des enfants. Enfin, en engageant une contestation de cette

As I see it, the willingness of many of these same persons to swear affidavits or to appear to testify does not undercut their evidence to the effect that they would not be willing or able to bring a challenge of this nature in their own names. There are also the practical aspects of running a major constitutional law suit. Counsel needs to be able to communicate with his or her clients and the clients must be able to provide timely and appropriate instructions. Many difficulties might arise in the context of individual challenges given the evidence about the circumstances of many of the individuals most directly affected by the challenged provisions.

nature, ils craignent de nuire à leurs perspectives, actuelles ou futures, d'études et d'emploi (affidavit de Jill Chettiar, 26 septembre 2008, par. 16-18 (d.a., vol. IV, p. 184-185)). Selon moi, la volonté de bon nombre de ces personnes de souscrire des affidavits ou de comparaître pour témoigner n'affecte en rien la crédibilité de leur témoignage voulant qu'elles ne soient pas prêtes ou capables d'engager en leurs propres noms une contestation de cette nature. La conduite d'une importante poursuite judiciaire en matière constitutionnelle comporte également des aspects pratiques. Les avocats doivent être en mesure de communiquer avec leurs clients, et ces derniers doivent être en mesure de fournir en temps opportun des instructions ponctuelles et appropriées. En outre, dans le cadre de contestations individuelles, de nombreuses difficultés pourraient surgir compte tenu des éléments de preuve relatifs à la situation de plusieurs des personnes les plus directement touchées par les dispositions contestées.

[72] I conclude, therefore, that these three concerns identified by the chambers judge were not entitled to the decisive weight which he gave them.

[72] Par conséquent, je conclus que ces trois préoccupations décrites par le juge en cabinet ne justifiaient pas qu'il leur accorde le poids déterminant qu'il leur a accordé.

[73] I turn now to other considerations that should be taken into account in considering the reasonable and effective means factor. This case constitutes public interest litigation: the respondents have raised issues of public importance that transcend their immediate interests. Their challenge is comprehensive, relating as it does to nearly the entire legislative scheme. It provides an opportunity to assess through the constitutional lens the overall effect of this scheme on those most directly affected by it. A challenge of this nature may prevent a multiplicity of individual challenges in the context of criminal prosecutions. There is no risk of the rights of others with a more personal or direct stake in the issue being adversely affected by a diffuse or badly advanced claim. It is obvious that the claim is being pursued with thoroughness and skill. There is no suggestion that others who are more directly or personally affected have deliberately chosen not to challenge these provisions. The presence of the individual respondent, as well as the Society, will

[73] Je vais maintenant aborder d'autres considérations qui devraient être prises en compte lors de l'examen du facteur relatif aux manières plus raisonnables et efficaces. La présente affaire constitue un litige d'intérêt public : les intimées ont soulevé des questions d'importance pour le public, des questions qui transcendent leurs intérêts immédiats. Leur contestation est exhaustive en ce qu'elle vise la presque totalité du régime législatif. Elle fournit l'occasion d'évaluer, du point de vue du droit constitutionnel, l'effet global de ce régime sur les personnes les plus touchées par ses dispositions. Une contestation de cette nature est susceptible de prévenir une multiplicité de contestations individuelles engagées dans le cadre de poursuites criminelles. Il n'y a aucun risque de porter atteinte aux droits d'autres individus ayant un intérêt plus personnel ou plus direct dans la question du fait d'une action trop générale ou mal présentée. Il est évident que la demande est plaidée avec rigueur et habileté. Rien ne laisse croire que d'autres personnes

ensure that there is both an individual and collective dimension to the litigation.

[74] The record supports the respondents' position that they have the capacity to undertake this litigation. The Society is a well-organized association with considerable expertise with respect to sex workers in the Downtown Eastside, and Ms. Kiselbach, a former sex worker in this neighbourhood, is supported by the resources of the Society. They provide a concrete factual background and represent those most directly affected by the legislation. For instance, the respondents' evidence includes affidavits from more than 90 current or past sex workers from the Downtown Eastside neighbourhood of Vancouver (R.F., at para. 20). Further, the Society is represented by experienced human rights lawyers, as well as by the Pivot Legal Society, a non-profit legal advocacy group working in Vancouver's Downtown Eastside and focusing predominantly on the legal issues that affect this community (Affidavit of Peter Wrinch, January 30, 2011, at para. 3 (A.R., vol. V, at p. 137)). It has conducted research on the subject, generated various reports and presented the evidence it has gathered before government officials and committees (see Wrinch Affidavit, at paras. 6-21 (A.R., vol. V, at pp. 137-44)). This in turn, suggests that the present litigation constitutes an effective means of bringing the issue to court in that it will be presented in a context suitable for adversarial determination.

[75] Finally, other litigation management tools and strategies may be alternatives to a complete denial of standing, and may be used to ensure that the proposed litigation is a reasonable and effective way of getting the issues before the court.

touchées de façon plus directe ou personnelle aient choisi de plein gré de ne pas contester ces dispositions. La présence de l'intimée qui agit à titre individuel de même que de la Société garantira que le litige aura une dimension à la fois individuelle et collective.

[74] Le dossier appuie la position des intimées selon laquelle elles ont la capacité d'engager la présente action. La Société est bien organisée et dotée d'une expertise considérable en ce qui concerne les travailleurs de l'industrie du sexe qui exercent leur métier dans le quartier Downtown Eastside, et M^me^ Kiselbach, une ancienne travailleuse du sexe dans ce quartier, est soutenue par les ressources de la Société. Elles apportent un contexte factuel concret et représentent les personnes qui sont le plus directement touchées par les dispositions législatives contestées. À titre d'exemple, la preuve des intimées comprend des affidavits de plus de 90 travailleurs du sexe, actifs ou retirés, du quartier Downtown Eastside de Vancouver (m.i., par. 20). De plus, la Société est représentée par des avocats expérimentés en droit de la personne, ainsi que par la Pivot Legal Society, un organisme sans but lucratif d'intervention juridique qui travaille dans le quartier en cause et dont les activités sont principalement centrées sur les questions juridiques touchant cette collectivité (affidavit de Peter Wrinch, 30 janvier 2011, par. 3 (d.a., vol. V, p. 137)). Cet organisme a effectué des recherches sur le sujet, a produit divers rapports et a présenté les éléments de preuve qu'elle a recueillis à des représentants et à des comités gouvernementaux (voir l'affidavit de Peter Wrinch, par. 6-21 (d.a., vol. V, p. 137-144)). Cela laisse entendre que la présente instance constitue une manière efficace de soumettre la question à la cour en ce sens qu'elle sera présentée dans un contexte qui permettra sa détermination dans un système contradictoire.

[75] Enfin, d'autres outils de gestion des litiges et d'autres solutions moins catégoriques qu'un déni total de la qualité pour agir peuvent être utilisés pour faire en sorte que le litige projeté constitue une manière raisonnable et efficace de soumettre les questions à la cour.

(7) Conclusion With Respect to Public Interest Standing

[76] All three factors, applied purposively, favour exercising discretion to grant public interest standing to the respondents to bring their claim. Granting standing will not only serve to enhance the principle of legality with respect to serious issues of direct concern to some of the most marginalized members of society, but it will also promote the economical use of scarce judicial resources: *Canadian Council of Churches*, at p. 252.

B. *Private Interest Standing*

[77] Having found that the respondents have public interest standing to pursue their claims, it is not necessary to address the issue of whether Ms. Kiselbach has private interest standing.

V. Disposition

[78] I would dismiss the appeal with costs. However, I would not grant special costs to the respondents. The Court of Appeal declined to do so (2011 BCCA 515, 314 B.C.A.C. 137) and we ought not to interfere with that exercise of discretion unless there are clear and compelling reasons to do so which in my view do not exist here: *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 77.

Appeal dismissed with costs.

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

Solicitors for the respondents: Arvay Finlay, Vancouver; Pivot Legal, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Community Legal Assistance Society: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

(7) Conclusion en ce qui concerne la qualité pour agir dans l'intérêt public

[76] Appliqués selon une approche téléologique, les trois facteurs militent en faveur de l'exercice du pouvoir discrétionnaire pour reconnaître aux intimées la qualité pour agir dans l'intérêt public afin qu'elles présentent leur demande. La reconnaissance de cette qualité servira non seulement à renforcer le principe de la légalité en ce qui concerne des questions sérieuses touchant directement certains des membres les plus marginalisés de la société, mais aussi à faire la promotion d'une utilisation efficiente des ressources judiciaires limitées : *Conseil canadien des Églises*, p. 252.

B. *Qualité pour agir dans l'intérêt privé*

[77] Ayant conclu que les intimées ont la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de poursuivre leur action, il n'est pas nécessaire d'aborder la question de savoir si M^me^ Kiselbach a la qualité pour agir dans l'intérêt privé.

V. Dispositif

[78] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Toutefois, je n'accorderai pas de dépens spéciaux aux intimées. La Cour d'appel a refusé de le faire (2011 BCCA 515, 314 B.C.A.C. 137) et nous ne devrions pas nous immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire à moins d'avoir des motifs clairs et impérieux de le faire, ce qui, à mon avis, n'est pas le cas en l'espèce : *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 77.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs des intimées : Arvay Finlay, Vancouver; Pivot Legal, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenante Community Legal Assistance Society : Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Gratl & Company, Vancouver; Megan Vis-Dunbar, Vancouver.

Solicitor for the intervener Ecojustice Canada: Ecojustice Canada, Toronto.

Solicitors for the interveners the Coalition of West Coast Women's Legal Education and Action Fund (West Coast LEAF), Justice for Children and Youth and the ARCH Disability Law Centre: West Coast Women's Legal Education and Action Fund (West Coast LEAF), Vancouver; Justice for Children and Youth, Toronto; ARCH Disability Law Centre, Toronto.

Solicitors for the intervener Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique: Heenan Blaikie, Ottawa.

Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Canadian Civil Liberties Association, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of Refugee Lawyers and the Canadian Council for Refugees: Waldman & Associates, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario and the Positive Living Society of British Columbia: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Gratl & Company, Vancouver; Megan Vis-Dunbar, Vancouver.

Procureur de l'intervenant Ecojustice Canada : Ecojustice Canada, Toronto.

Procureurs des intervenants Coalition of West Coast Women's Legal Education and Action Fund (West Coast LEAF), Justice for Children and Youth et ARCH Disability Law Centre : West Coast Women's Legal Education and Action Fund (West Coast LEAF), Vancouver; Justice for Children and Youth, Toronto; ARCH Disability Law Centre, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique : Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Université de Toronto, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Association canadienne des libertés civiles, Toronto.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés et le Conseil canadien pour les réfugiés : Waldman & Associates, Toronto.

Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et Positive Living Society of British Columbia : McCarthy Tétrault, Vancouver.

A.B., by her Litigation Guardian, C.D. *Appellant*

v.

Bragg Communications Incorporated, a body corporate, and Halifax Herald Limited, a body corporate *Respondents*

and

BullyingCanada Inc., British Columbia Civil Liberties Association, Kids Help Phone, Canadian Civil Liberties Association, Privacy Commissioner of Canada, Newspapers Canada, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Canadian Association of Journalists, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Canadian Unicef Committee, Information and Privacy Commissioner of Ontario and Beyond Borders *Interveners*

INDEXED AS: A.B. *v.* BRAGG COMMUNICATIONS INC.

2012 SCC 46

File No.: 34240.

2012: May 10; 2012: September 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Courts — Open court principle — Publication bans — Children — 15-year-old victim of sexualized cyberbullying applying for order requiring Internet provider to disclose identity of person(s) using IP address to publish fake and allegedly defamatory Facebook profile — Victim requesting to proceed anonymously in application and seeking publication ban on contents of fake profile — Whether victim required to demonstrate

A.B., représentée par son tuteur à l'instance, C.D. *Appelante*

c.

Bragg Communications Incorporated, une personne morale, et Halifax Herald Limited, une personne morale *Intimées*

et

BullyingCanada Inc., Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Jeunesse J'écoute, Association canadienne des libertés civiles, Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, Journaux canadiens, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Association canadienne des journalistes, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council, Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Comité Unicef Canada, Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario et Au-delà des frontières *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : A.B. *c.* BRAGG COMMUNICATIONS INC.

2012 CSC 46

N° du greffe : 34240.

2012 : 10 mai; 2012 : 27 septembre.

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

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

Tribunaux — Principe de la publicité des débats judiciaires —Interdictions de publication — Enfants — Demande d'une victime de cyberintimidation à caractère sexuel âgée de 15 ans en vue d'obtenir une ordonnance obligeant un fournisseur de services Internet à divulguer l'identité de la personne ou des personnes qui ont utilisé une adresse IP pour publier un faux profil Facebook censément diffamatoire — Demande de la victime

specific harm or whether court may find objectively discernable harm.

A 15-year-old girl found out that someone had posted a fake Facebook profile using her picture, a slightly modified version of her name, and other particulars identifying her. The picture was accompanied by unflattering commentary about the girl's appearance along with sexually explicit references. Through her father as guardian, the girl brought an application for an order requiring the Internet provider to disclose the identity of the person(s) who used the IP address to publish the profile so that she could identify potential defendants for an action in defamation. As part of her application, she asked for permission to anonymously seek the identity of the creator of the profile and for a publication ban on the content of the profile. Two media groups opposed the request for anonymity and the ban. The Supreme Court of Nova Scotia granted the request that the Internet provider disclose the information about the publisher of the profile, but denied the request for anonymity and the publication ban because there was insufficient evidence of specific harm to the girl. The judge stayed that part of his order requiring the Internet provider to disclose the publisher's identity until either a successful appeal allowed the girl to proceed anonymously or until she filed a draft order which used her own and her father's real names. The Court of Appeal upheld the decision primarily on the ground that the girl had not discharged the onus of showing that there was evidence of harm to her which justified restricting access to the media.

Held: The appeal should be allowed in part.

The critical importance of the open court principle and a free press has been tenaciously embedded in the jurisprudence. In this case, however, there are interests that are sufficiently compelling to justify restricting such access: privacy and the protection of children from cyberbullying.

Recognition of the inherent vulnerability of children has consistent and deep roots in Canadian law and results in the protection of young people's privacy rights based on age, not the sensitivity of the particular child. In an application involving cyberbullying, there is no

en vue de procéder de façon anonyme et d'obtenir une ordonnance de non-publication du contenu du faux profil — La victime doit-elle faire la preuve d'un préjudice particulier, ou la Cour peut-elle conclure à l'existence d'un préjudice objectivement discernable?

Une adolescente de 15 ans a découvert que quelqu'un avait affiché sur Facebook un faux profil en utilisant sa photographie, une version légèrement modifiée de son nom et d'autres détails qui l'identifiaient. À la photographie s'ajoutaient des commentaires désobligeants sur l'apparence physique de l'adolescente ainsi que des allusions sexuellement explicites. Représentée par son père en qualité de tuteur, l'adolescente a demandé une ordonnance obligeant le fournisseur de services Internet à divulguer l'identité de la personne ou des personnes qui ont utilisé l'adresse IP pour publier le profil de sorte qu'elle puisse identifier les défendeurs potentiels en vue d'une action en diffamation. Dans le cadre de sa demande, elle a sollicité la permission de chercher de façon anonyme l'identité de l'auteur du profil ainsi qu'une ordonnance de non-publication visant le contenu du profil. Deux représentants des médias ont contesté la demande visant le respect de l'anonymat et la non-publication. La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a ordonné au fournisseur de services Internet de communiquer les renseignements au sujet de l'auteur du profil mais a rejeté la demande relative au respect de l'anonymat et à la non-publication en raison de l'insuffisance de la preuve d'un préjudice particulier causé à l'adolescente. Le juge a sursis à l'exécution de cette partie de l'ordonnance obligeant le fournisseur de services Internet à divulguer l'identité de l'auteur jusqu'à ce que l'adolescente obtienne en appel l'autorisation de procéder de façon anonyme ou qu'elle dépose un projet d'ordonnance en utilisant son propre nom et celui de son père. La Cour d'appel a confirmé la décision pour le motif principal que l'adolescente ne s'était pas acquittée du fardeau de démontrer l'existence d'un préjudice justifiant la restriction de l'accès des médias.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

La jurisprudence a reconnu avec ténacité l'importance cruciale du principe de la publicité des débats judiciaires et de la liberté de la presse. En l'espèce toutefois, la protection de la vie privée et la protection des enfants contre la cyberintimidation constituent des intérêts qui justifient la restriction de l'accès des médias.

La reconnaissance de la vulnérabilité inhérente des enfants demeure profondément enracinée en droit canadien et elle se manifeste par la protection des droits au respect de la vie privée des jeunes. Cette protection est fondée sur l'âge et non sur la sensibilité de l'enfant en

need for a child to demonstrate that he or she personally conforms to this legal paradigm. The law attributes the heightened vulnerability based on chronology, not temperament.

While evidence of a direct, harmful consequence to an individual applicant is relevant, courts may also conclude that there is objectively discernable harm. It is logical to infer that children can suffer harm through cyberbullying, given the psychological toxicity of the phenomenon. Since children are entitled to protect themselves from bullying, cyber or otherwise, there is inevitable harm to them — and to the administration of justice — if they decline to take steps to protect themselves because of the risk of further harm from public disclosure. Since common sense and the evidence show that young victims of sexualized bullying are particularly vulnerable to the harms of revictimization upon publication, and since the right to protection will disappear for most children without the further protection of anonymity, the girl's anonymous legal pursuit of the identity of her cyberbully should be allowed.

In *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, prohibiting identity disclosure was found to represent only minimal harm to press freedom. The serious harm in failing to protect young victims of bullying through anonymity, as a result, outweighs this minimal harm. But once the girl's identity is protected through her right to proceed anonymously, there is little justification for a publication ban on the non-identifying content of the profile. If the non-identifying information is made public, there is no harmful impact on the girl since the information cannot be connected to her. The public's right to open courts — and press freedom — therefore prevail with respect to the non-identifying Facebook content.

Cases Cited

Referred to: *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Canadian*

particulier. Dans le cadre d'une demande relative à la cyberintimidation, un enfant n'a pas à démontrer qu'il se conforme à ce paradigme juridique. Le droit attribue la vulnérabilité accrue en fonction de l'âge et non du tempérament.

Bien que la preuve des conséquences préjudiciables directes que subirait un demandeur soit pertinente, les tribunaux peuvent aussi conclure à l'existence d'un préjudice objectivement discernable. Il est logique d'inférer que la cyberintimidation peut causer un préjudice aux enfants compte tenu de la toxicité psychologique de ce phénomène. Puisque les enfants ont le droit de se protéger contre l'intimidation, qu'elle se manifeste sur l'Internet ou sous d'autres formes, ils subissent — tout comme l'administration de la justice — un préjudice inévitable s'ils refusent de prendre des mesures de protection en raison du risque de préjudice supplémentaire découlant de la divulgation publique. Comme le bon sens et la preuve montrent que les jeunes victimes de harcèlement à caractère sexuel sont particulièrement vulnérables au préjudice de la revictimisation consécutive à la publication, et puisqu'en l'absence de la protection conférée par l'anonymat, la plupart des enfants ne pourront pas se prévaloir du droit à la protection, il y a lieu d'autoriser l'adolescente à procéder de façon anonyme à la recherche de l'identité de l'auteur de la cyberintimidation.

Dans l'arrêt *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, la Cour a jugé que l'interdiction de la divulgation de l'identité du plaignant ne causait à la liberté de la presse qu'un préjudice minime. Par conséquent, le préjudice grave découlant du refus de protéger par l'anonymat les jeunes victimes de la cyberintimidation l'emporte sur ce préjudice minime. Mais dès lors que l'identité de l'adolescente est protégée par son droit de procéder dans l'anonymat, une ordonnance de non-publication du contenu du profil qui ne permet pas d'identifier l'adolescente semble difficilement justifiable. La publication de ces renseignements n'entraîne pour l'adolescente aucun effet préjudiciable puisque ceux-ci ne révèlent pas son identité. Le droit du public à la publicité des débats judiciaires — et à la liberté de la presse — prévaut donc en ce qui concerne le contenu du profil Facebook qui ne permet pas d'identifier la victime.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c.*

Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General), 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19; *Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen*, 2011 SCC 3, [2011] 1 S.C.R. 65; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Toronto Star Newspaper Ltd. v. Ontario*, 2012 ONCJ 27 (CanLII); *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *Doe v. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints in Canada*, 2003 ABQB 794, 341 A.R. 395; *R. v. R.(W.)*, 2010 ONCJ 526 (CanLII); *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *R. v. D.H.*, 2002 BCPC 464 (CanLII); *F.N. (Re)*, 2000 SCC 35, [2000] 1 S.C.R. 880.

Statutes and Regulations Cited

Civil Procedure Rules, N.S. Reg. 370/2008.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486.
Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 110.

Treaties and Other International Instruments

Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3.

Authors Cited

"Cyberbullying: A Growing Problem", *Science Daily*, February 22, 2010 (online: www.sciencedaily.com/releases/2010/02/100222104939.htm).

Eltis, Karen. "The Judicial System in the Digital Age: Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context" (2011), 56 *McGill L.J.* 289.

Jones, Lisa M., David Finkelhor and Jessica Beckwith. "Protecting victims' identities in press coverage of child victimization" (2010), 11 *Journalism* 347.

Lucock, Carole, and Michael Yeo. "Naming Names: The Pseudonym in the Name of the Law" (2006), 3 *U. Ottawa L. & Tech. J.* 53.

Nova Scotia. Task Force on Bullying and Cyberbullying. *Respectful and Responsible Relationships: There's No App for That: The Report of the Nova Scotia Task Force on Bullying and Cyberbullying.* Nova Scotia: The Task Force, 2012.

UNICEF Innocenti Research Centre. *Child Safety Online: Global challenges and strategies.* Florence, Italy: UNICEF, 2011.

Winn, Peter A. "Online Court Records: Balancing Judicial Accountability and Privacy in an Age of Electronic Information" (2004), 79 *Wash. L. Rev.* 307.

MacIntyre, [1982] 1 R.C.S. 175; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19; *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3, [2011] 1 R.C.S. 65; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Toronto Star Newspaper Ltd. c. Ontario*, 2012 ONCJ 27 (CanLII); *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *Doe c. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints in Canada*, 2003 ABQB 794, 341 A.R. 395; *R. c. R.(W.)*, 2010 ONCJ 526 (CanLII); *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *R. c. D.H.*, 2002 BCPC 464 (CanLII); *F.N. (Re)*, 2000 CSC 35, [2000] 1 R.C.S. 880.

Lois et règlements cités

Civil Procedure Rules, N.S. Reg. 370/2008.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486.
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 110.

Traités et autres instruments internationaux

Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 nº 3.

Doctrine citée

« Cyberbullying : A Growing Problem », *Science Daily*, February 22, 2010 (online : www.sciencedaily.com/releases/2010/02/100222104939.htm).

Eltis, Karen. « The Judicial System in the Digital Age : Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context » (2011), 56 *R.D. McGill* 289.

Jones, Lisa M., David Finkelhor and Jessica Beckwith. « Protecting victims' identities in press coverage of child victimization » (2010), 11 *Journalism* 347.

Lucock, Carole, and Michael Yeo. « Naming Names : The Pseudonym in the Name of the Law » (2006), 3 *R.D. et tech. U.O.* 53.

Nouvelle-Écosse. Commission d'étude sur l'intimidation et la cyberintimidation. *Respect et responsabilité dans les relations : il n'y a pas d'app pour ça : Rapport de la Commission d'étude sur l'intimidation et la cyberintimidation.* Nouvelle-Écosse : La Commission, 2012.

UNICEF, Centre de recherche Innocenti. *La sécurité des enfants en ligne : Défis et stratégies mondiaux.* Florence, Italie : UNICEF, 2011.

Winn, Peter A. « Online Court Records : Balancing Judicial Accountability and Privacy in an Age of Electronic Information » (2004), 79 *Wash. L. Rev.* 307.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J.N.S. and Saunders and Oland JJ.A.), 2011 NSCA 26, 301 N.S.R. (2d) 34, 953 A.P.R. 34, 228 C.R.R. (2d) 181, 97 C.P.C. (6th) 54, 80 C.C.L.T. (3d) 180, [2011] N.S.J. No. 113 (QL), 2011 CarswellNS 135, affirming a decision of LeBlanc J., 2010 NSSC 215, 293 N.S.R. (2d) 222, 928 A.P.R. 222, 97 C.P.C. (6th) 24, [2010] N.S.J. No. 360 (QL), 2010 CarswellNS 397. Appeal allowed in part.

Michelle C. Awad, Q.C., and *Jane O'Neill*, for the appellant.

Daniel W. Burnett and *Paul Brackstone*, for the *amicus curiae*.

Written submissions only by *Brian F. P. Murphy* and *Wanda M. Severns*, for the intervener BullyingCanada Inc.

Marko Vesely and *M. Toby Kruger*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Mahmud Jamal, *Jason MacLean*, *Carly Fidler* and *Steven Golick*, for the intervener Kids Help Phone.

Iris Fischer and *Dustin Kenall*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Joseph E. Magnet and *Patricia Kosseim*, for the intervener the Privacy Commissioner of Canada.

Ryder Gilliland and *Adam Lazier*, for the interveners Newspapers Canada, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, the Canadian Association of Journalists, the Professional Writers Association of Canada and the Book and Periodical Council.

Tamir Israel, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Jeffrey S. Leon, *Ranjan K. Agarwal* and *Daniel Holden*, for the intervener the Canadian Unicef Committee.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Saunders et Oland), 2011 NSCA 26, 301 N.S.R. (2d) 34, 953 A.P.R. 34, 228 C.R.R. (2d) 181, 97 C.P.C. (6th) 54, 80 C.C.L.T. (3d) 180, [2011] N.S.J. No. 113 (QL), 2011 CarswellNS 135, qui a confirmé une décision du juge LeBlanc, 2010 NSSC 215, 293 N.S.R. (2d) 222, 928 A.P.R. 222, 97 C.P.C. (6th) 24, [2010] N.S.J. No. 360 (QL), 2010 CarswellNS 397. Pourvoi accueilli en partie.

Michelle C. Awad, c.r., et *Jane O'Neill*, pour l'appelante.

Daniel W. Burnett et *Paul Brackstone*, pour l'*amicus curiae*.

Argumentation écrite seulement par *Brian F. P. Murphy* et *Wanda M. Severns*, pour l'intervenante BullyingCanada Inc.

Marko Vesely et *M. Toby Kruger*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Mahmud Jamal, *Jason MacLean*, *Carly Fidler* et *Steven Golick*, pour l'intervenante Jeunesse J'écoute.

Iris Fischer et *Dustin Kenall*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Joseph E. Magnet et *Patricia Kosseim*, pour l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

Ryder Gilliland et *Adam Lazier*, pour les intervenants Journaux canadiens, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, l'Association canadienne des journalistes, Professional Writers Association of Canada et Book and Periodical Council.

Tamir Israel, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique internet du Canada Samuelson-Glushko.

Jeffrey S. Leon, *Ranjan K. Agarwal* et *Daniel Holden*, pour l'intervenant le Comité Unicef Canada.

Written submissions only by *William S. Challis* and *Stephen McCammon*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

Written submissions only by *Jonathan M. Rosenthal*, for the intervener Beyond Borders.

No one appeared for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — On March 4, 2010, a 15-year-old girl, A.B., found out that someone had posted a Facebook profile using her picture, a slightly modified version of her name, and other particulars identifying her. Accompanying the picture was some unflattering commentary about the girl's appearance along with sexually explicit references. The page was removed by the internet provider later that month.

[2] Once notified of the situation, Facebook's counsel in Palo Alto, California provided the IP address associated with the account, which was said to be located in Dartmouth, Nova Scotia. The girl's counsel determined that it was an "Eastlink address" in Dartmouth, Nova Scotia. Further inquiry confirmed that the respondent Bragg Communications owns Eastlink, a provider of Internet and entertainment services in Atlantic Canada.

[3] Eastlink consented to giving more specific information about the address if it had authorization from a court to do so. As a result, A.B., through her father as guardian, brought a preliminary application under Nova Scotia's *Civil Procedure Rules*, N.S. Reg. 370/2008, for an order requiring Eastlink to disclose the identity of the person(s) who used the IP address to publish the profile to assist her in identifying potential defendants for an action in defamation. She stated in her Notice of Application that she had "suffered harm and seeks to minimize the chance of further harm" (A.R., at p. 98). As part

Argumentation écrite seulement par *William S. Challis* et *Stephen McCammon*, pour l'intervenant le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Jonathan M. Rosenthal*, pour l'intervenante Au-delà des frontières.

Personne n'a comparu pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le 4 mars 2010, A.B., une adolescente de 15 ans, a découvert que quelqu'un avait affiché un profil sur Facebook en utilisant sa photographie, une version légèrement modifiée de son nom et d'autres détails qui l'identifiaient. À la photographie s'ajoutaient des commentaires désobligeants sur l'apparence physique de l'adolescente ainsi que des allusions sexuellement explicites. La page a été supprimée par le fournisseur Internet plus tard ce mois-là.

[2] Une fois avisé de la situation, l'avocat de Facebook à Palo Alto, en Californie, a fourni l'adresse IP associée au compte qui aurait été située à Dartmouth, en Nouvelle-Écosse. L'avocate de l'adolescente a établi qu'il s'agissait d'une « adresse Eastlink » située à Dartmouth, en Nouvelle-Écosse. Une enquête plus poussée a confirmé que l'intimée Bragg Communications est la propriétaire d'Eastlink, un fournisseur de services Internet et de divertissement au Canada atlantique.

[3] Eastlink a consenti à donner des renseignements plus précis au sujet de l'adresse si un tribunal l'autorisait à le faire. Par conséquent, A.B., représentée par son père en qualité de tuteur, a présenté, en vertu des *Civil Procedure Rules*, N.S. Reg. 370/2008 de la Nouvelle-Écosse, une demande préliminaire en vue d'obtenir une ordonnance obligeant Eastlink à divulguer l'identité de la personne ou des personnes qui ont utilisé l'adresse IP pour publier le profil afin de l'aider à identifier les défendeurs potentiels en vue d'une action en diffamation. Dans son avis de demande, elle a

of her application, she asked the court for permission to seek the identity of the creator of the fake profile anonymously and for a publication ban on the content of the fake Facebook profile. She did not ask that the hearing be held in camera.

[4] Eastlink did not oppose her motion. The Halifax Herald and Global Television became aware of the girl's application when notice of the request for a publication ban appeared as an automatic advisory on the Nova Scotia publication ban media advisory website. They advised the court that they opposed both of the girl's requests: the right to proceed anonymously and a publication ban.

[5] The court granted the order requiring Eastlink to disclose the information about the publisher of the fake Facebook profile on the basis that a *prima facie* case of defamation had been established and there were no other means of identifying the person who published the defamation. But it denied the request for anonymity and the publication ban because there was insufficient evidence of specific harm to the girl.

[6] The judge stayed that part of his order requiring Eastlink to disclose the publisher's identity until either a successful appeal allowed the girl to proceed anonymously, or until she filed a draft order which used her own and her father's real names.

[7] The decision was upheld by the Court of Appeal primarily on the ground that the girl had not discharged the onus of showing that there was real and substantial harm to her which justified restricting access to the media.

déclaré qu'elle [TRADUCTION] « a subi un préjudice et qu'elle cherche à minimiser le risque de préjudice supplémentaire » (d.a., p. 98). Dans le cadre de sa demande, elle a sollicité de la cour la permission de chercher de façon anonyme l'identité de l'auteur du faux profil ainsi qu'une ordonnance de non-publication visant le contenu du faux profil Facebook. Elle n'a pas demandé que l'audience soit tenue à huis clos.

[4] Eastlink n'a pas contesté la demande. Le Halifax Herald et Global Television ont pris connaissance de la demande de l'adolescente lorsque l'avis de la demande en vue d'obtenir une ordonnance de non-publication a été affiché automatiquement sur le site Web de la Nouvelle-Écosse sur les avis aux médias concernant les ordonnances de non-publication. Ils ont informé la cour qu'ils contestaient les deux demandes de l'adolescente, soit la demande concernant le droit de procéder de façon anonyme et la demande en vue d'obtenir une ordonnance de non-publication.

[5] La cour a accordé l'ordonnance obligeant Eastlink à communiquer des renseignements sur l'auteur du faux profil Facebook au motif qu'une preuve *prima facie* de diffamation avait été établie et qu'il n'y avait aucun autre moyen pour établir l'identité de la personne qui avait publié la diffamation. La cour a toutefois refusé la demande de procéder de façon anonyme ainsi que l'ordonnance de non-publication parce qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve d'un préjudice particulier causé à l'adolescente.

[6] Le juge a sursis à l'exécution de cette partie de l'ordonnance obligeant Eastlink à divulguer l'identité de l'auteur jusqu'à ce que l'adolescente obtienne en appel l'autorisation de procéder de façon anonyme ou qu'elle dépose un projet d'ordonnance en utilisant son propre nom et celui de son père.

[7] La Cour d'appel a confirmé cette décision pour le motif principal que l'adolescente ne s'était pas acquittée du fardeau de démontrer l'existence d'un véritable préjudice important justifiant la restriction de l'accès des médias.

[8] Both courts ordered costs against the girl in favour of the two media outlets.

[9] In my view, both courts erred in failing to consider the objectively discernable harm to A.B. I agree with her that she should be entitled to proceed anonymously, but once her identity has been protected, I see no reason for a further publication ban preventing the publication of the non-identifying content of the fake Facebook profile.

Analysis

[10] A.B.'s appeal to this Court is based on what she says is the failure to properly balance the competitive risks in this case: the harm inherent in revealing her identity versus the risk of harm to the open court principle in allowing her to proceed anonymously and under a publication ban. Unless her privacy is protected, she argued, young victims of sexualized cyberbullying like her will refuse to proceed with their protective claims and will, as a result, be denied access to justice.

[11] The open court principle requires that court proceedings presumptively be open and accessible to the public and to the media. This principle has been described as a "hallmark of a democratic society" (*Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, at para. 23) and is inextricably tied to freedom of expression. A.B. requested two restrictions on the open court principle: the right to proceed anonymously and a publication ban on the content of the fake Facebook profile. The inquiry is into whether each of these measures is necessary to protect an important legal interest and impairs free expression as little as possible. If alternative measures can just as effectively protect the interests engaged, the restriction is unjustified. If no such alternatives exist, the inquiry turns to whether the proper balance was struck between the open court principle

[8] Les deux cours ont condamné l'adolescente aux dépens en faveur des deux médias.

[9] Je suis d'avis que les tribunaux inférieurs ont eu tort de ne pas tenir compte du préjudice objectivement discernable causé à A.B. Je conviens avec cette dernière qu'elle devrait se voir conférer le droit de procéder de façon anonyme, mais une fois son identité protégée, je ne vois aucune raison de rendre une autre ordonnance interdisant la publication du contenu du faux profil Facebook qui ne permet pas d'identifier A.B.

Analyse

[10] Le pourvoi de A.B. devant notre Cour se fonde sur ce qu'elle affirme être l'incapacité des tribunaux inférieurs d'établir un juste équilibre entre les risques concurrentiels en l'espèce, à savoir le préjudice inhérent à la divulgation de son identité par rapport au risque d'atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires si A.B. obtient la permission de procéder de façon anonyme et d'être protégée par une ordonnance de non-publication. A.B. plaide que si sa vie privée n'est pas protégée, les jeunes qui, comme elle, sont victimes de cyberintimidation à caractère sexuel refuseront de faire valoir leur droit à une protection et se verront en conséquence refuser l'accès à la justice.

[11] Le principe de la publicité des débats judiciaires exige qu'en règle générale, les procédures judiciaires soient accessibles au public et aux médias. On a dit de ce principe qu'il est une « caractéristique d'une société démocratique » (*Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 23) et il est inextricablement lié à la liberté d'expression. A.B. a demandé deux mesures qui restreignent le principe de la publicité des débats judiciaires, à savoir le droit de procéder de façon anonyme et une ordonnance de non-publication visant le contenu du faux profil Facebook. Il s'agit de déterminer si chacune de ces mesures est nécessaire pour assurer la protection d'un intérêt juridique important et porte le moins possible atteinte à la libre expression. Si d'autres moyens permettent d'assurer tout aussi efficacement la protection des intérêts en

and the privacy rights of the girl: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442.

[12] The Halifax Herald and Global Television did not appear in the proceedings before this Court. Their "position" was, however, ably advanced by an *amicus curiae*. In his view, like the Court of Appeal, the mere fact of the girl's age did not, in the absence of evidence of specific harm to her, trump the open court principle and freedom of the press.

[13] Since *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, the critical importance of the open court principle and a free press has been tenaciously embedded in the jurisprudence and need not be further revisited here. What does need some exploration, however, are the interests said to justify restricting such access in this case: privacy and the protection of children from cyberbullying. These interests must be shown to be sufficiently compelling to warrant restrictions on freedom of the press and open courts. As Dickson J. noted in *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, there are cases in which the protection of social values must prevail over openness (pp. 186-87).

[14] The girl's privacy interests in this case are tied both to her age and to the nature of the victimization she seeks protection from. It is not merely a question of her privacy, but of her privacy from the relentlessly intrusive humiliation of sexualized online bullying: Carole Lucock and Michael Yeo, "Naming Names: The Pseudonym in the Name of the Law" (2006), 3 *U. Ottawa L. & Tech. J.* 53, at pp. 72-73; Karen Eltis, "The Judicial System in the Digital Age: Revisiting the Relationship

jeu, la restriction est injustifiée. S'il n'existe pas d'autres moyens d'assurer cette protection, il faut se demander si le juste équilibre a été établi entre le principe de la publicité des débats judiciaires et les droits de l'adolescente en matière de vie privée : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442.

[12] Le Halifax Herald et Global Television n'ont pas pris part aux débats devant la Cour. Leur « position » a toutefois été habilement présentée par un *amicus curiae*. Ce dernier s'est dit d'avis, comme la Cour d'appel, qu'en l'absence d'éléments de preuve d'un préjudice particulier causé à l'adolescente, le simple fait de l'âge de cette dernière ne supplante pas le principe de la publicité des débats judiciaires ni la liberté de la presse.

[13] Depuis l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, la jurisprudence a reconnu avec ténacité l'importance cruciale du principe de la publicité des débats judiciaires et de la liberté de la presse et il n'y a pas lieu d'y revenir. Il convient, par contre, d'examiner les intérêts qui justifieraient la restriction de l'accès aux tribunaux en l'espèce, soit la protection de la vie privée et la protection des enfants contre la cyberintimidation. Il faut démontrer que le besoin de protéger ces intérêts justifie des restrictions à la liberté de la presse et au droit à la publicité des débats judiciaires. Comme l'a fait remarquer le juge Dickson dans *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, dans certains cas, la protection des valeurs sociales doit prévaloir sur la transparence des procédures judiciaires (p. 186-187).

[14] En l'espèce, les intérêts de l'adolescente en matière de vie privée se rattachent à son âge et à la nature de la victimisation contre laquelle elle demande la protection. Il ne s'agit pas simplement d'une question de protection de sa vie privée, mais de sa protection contre l'humiliation constamment envahissante liée à l'intimidation à caractère sexuel en ligne : Carole Lucock et Michael Yeo, « Naming Names : The Pseudonym in the Name of the Law » (2006), 3 *R.D. et tech. U.O.* 53, p. 72-73;

between Privacy and Accessibility in the Cyber Context" (2011), 56 *McGill L.J.* 289, at p. 302.

[15] The *amicus curiae* pointed to the absence of evidence of harm from the girl about her own emotional vulnerability. But, while evidence of a direct, harmful consequence to an individual applicant is relevant, courts may also conclude that there is objectively discernable harm.

[16] This Court found objective harm, for example, in upholding the constitutionality of Quebec's *Rules of Practice* that limited the media's ability to film, take photographs, and conduct interviews in relation to legal proceedings (in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 19), and in prohibiting the media from broadcasting a video exhibit (in *Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen*, [2011] 1 S.C.R. 65). In the former, Deschamps J. held (at para. 56) that the *Dagenais/Mentuck* test requires neither more nor less than the one from *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In other words, absent scientific or empirical evidence of the necessity of restricting access, the court can find harm by applying reason and logic: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 72; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 91.

[17] Recognition of the *inherent* vulnerability of children has consistent and deep roots in Canadian law. This results in protection for young people's privacy under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (s. 486), the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (s. 110), and child welfare legislation, not to mention international protections such as the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, all based on age, not the sensitivity of the particular child. As a result, in an application involving sexualized cyberbullying, there is no need for a particular child to demonstrate that she

Karen Eltis, « The Judicial System in the Digital Age : Revisiting the Relationship between Privacy and Accessibility in the Cyber Context » (2011), 56 *R.D. McGill* 289, p. 302.

[15] L'*amicus curiae* a souligné que l'adolescente n'avait fourni aucune preuve de préjudice concernant sa vulnérabilité émotive. Or, bien que la preuve des conséquences préjudiciables directes que subirait un demandeur soit pertinente, les tribunaux peuvent aussi conclure à l'existence d'un préjudice objectivement discernable.

[16] Notre Cour a conclu à l'existence d'un préjudice objectif, par exemple, lorsqu'elle a confirmé la constitutionnalité des *Règles de procédure* du Québec qui limitaient la capacité des médias de prendre des images et de tenir des entrevues concernant une instance judiciaire (dans *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 19) et lorsqu'elle a interdit aux médias de diffuser un enregistrement vidéo déposé en preuve (dans *Société Radio-Canada c. La Reine*, [2011] 1 R.C.S. 65). Dans le premier arrêt, la juge Deschamps a estimé (au par. 56) que la norme des arrêts *Dagenais* et *Mentuck* n'est ni plus exigeante ni moins exigeante que celle de l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. En d'autres termes, en l'absence d'une preuve scientifique ou empirique de la nécessité de restreindre l'accès, la cour peut déduire le préjudice en appliquant la logique et la raison : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 72; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 91.

[17] La reconnaissance du principe de la vulnérabilité *inhérente* des enfants demeure profondément enracinée en droit canadien. Ainsi, la vie privée des jeunes est protégée en vertu du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (art. 486), de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (art. 110), et de la législation en matière de protection de l'enfance, sans oublier les ententes internationales comme la *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, et cette protection est fondée entièrement sur l'âge et non sur la sensibilité de l'enfant en particulier. Par conséquent,

personally conforms to this legal paradigm. The law attributes the heightened vulnerability based on chronology, not temperament: See *R. v. D.B.*, [2008] 2 S.C.R. 3, at paras. 41, 61 and 84-87; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, at paras. 170-74.

[18] This led Cohen J. in *Toronto Star Newspaper Ltd. v. Ontario*, 2012 ONCJ 27 (CanLII), to explain the importance of privacy in the specific context of young persons who are participants in the justice system:

> The concern to avoid labeling and stigmatization is essential to an understanding of why the protection of privacy is such an important value in the *Act*. However it is not the only explanation. The value of the privacy of young persons under the *Act* has deeper roots than exclusively pragmatic considerations would suggest. We must also look to the Charter, because the protection of privacy of young persons has undoubted constitutional significance.
>
> Privacy is recognized in Canadian constitutional jurisprudence as implicating liberty and security interests. In *Dyment*, the court stated that privacy is worthy of constitutional protection because it is "grounded in man's physical and moral autonomy," is "essential for the well-being of the individual," and is "at the heart of liberty in a modern state" (para. 17). *These considerations apply equally if not more strongly in the case of young persons.* Furthermore, the constitutional protection of privacy embraces the privacy of young persons, not only as an aspect of their rights under section 7 and 8 of the Charter, but by virtue of the presumption of their diminished moral culpability, which has been found to be a principle of fundamental justice under the *Charter*.
>
> . . .
>
> . . . the protection of the privacy of young persons fosters respect for dignity, personal integrity and autonomy of the young person. [Emphasis added; paras. 40-41 and 44.]

[19] And in *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, L'Heureux-Dubé J. upheld the constitutionality of

un enfant n'a pas à démontrer dans le cadre d'une demande relative à la cyberintimidation à caractère sexuel qu'il se conforme à ce paradigme juridique. Le droit attribue la vulnérabilité accrue en fonction de l'âge et non du tempérament : voir *R. c. D.B.*, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 41, 61 et 84-87; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 170-174.

[18] C'est ce qui a incité la juge Cohen à expliquer, dans *Toronto Star Newspaper Ltd. c. Ontario*, 2012 ONCJ 27 (CanLII), l'importance de la protection de la vie privée dans le contexte particulier des jeunes participant au système de justice :

> [TRADUCTION] Le souci d'éviter l'étiquetage et la stigmatisation est essentiel pour comprendre la raison pour laquelle la *Loi* accorde tant de valeur à la protection de la vie privée. Or, ce n'est pas la seule explication. La valeur conférée à la protection de la vie privée des jeunes en vertu de la *Loi* a des racines plus profondes que les considérations exclusivement pratiques le laisseraient croire. Il nous faut également examiner la Charte, parce que la protection de la vie privée des jeunes porte une signification constitutionnelle incontestable.
>
> La jurisprudence constitutionnelle canadienne reconnaît que le droit à la vie privée suppose des intérêts en matière de liberté et de sécurité. Dans l'arrêt *Dyment*, la Cour a statué que la notion de vie privée mérite une protection constitutionnelle parce qu'elle est « fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne », qu'elle est « essentielle à son bien-être », et qu'elle « est au cœur de [la notion] de la liberté dans un État moderne » (par. 17). *Ces considérations s'appliquent tout autant, voire davantage, dans le cas des jeunes.* De plus, la protection constitutionnelle de la vie privée englobe le droit à la vie privée des jeunes, non seulement par rapport aux droits garantis par les art. 7 et 8 de la Charte, mais aussi en raison de la présomption de culpabilité morale moins élevée, qui a été reconnue à titre de principe de justice fondamentale garanti par la *Charte*.
>
> . . .
>
> . . . la protection de la vie privée des jeunes favorise le respect de leur dignité, de leur intégrité personnelle et de leur autonomie. [Italiques ajoutés; par. 40, 41 et 44.]

[19] Et dans *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, la juge L'Heureux-Dubé a confirmé la

the *Criminal Code* provisions that allowed for the admission of videotape evidence from child complainants in sexual assault cases, based on the need to reduce the stress and trauma suffered by child complainants in the criminal justice system: pp. 445-46; see also *Doe v. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints in Canada*, 2003 ABQB 794, 341 A.R. 395, at para. 9.

[20] It is logical to infer that children may suffer harm through cyberbullying. Such a conclusion is consistent with the psychological toxicity of the phenomenon described in the Report of the Nova Scotia Task Force on Bullying and Cyberbullying, chaired by Prof. A. Wayne MacKay, the first provincial task force focussed on online bullying: (*Respectful and Responsible Relationships: There's No App for That: The Report of the Nova Scotia Task Force on Bullying and Cyberbullying* (2012)). The Task Force was created as a result of "[a] tragic series of youth suicides" (p. 4).

[21] The Report defined bullying as

> . . . behaviour that is intended to cause, or should be known to cause, fear, intimidation, humiliation, distress or other forms of harm to another person's body, feelings, self-esteem, reputation or property. Bullying can be direct or indirect, and can take place by written, verbal, physical or electronic means, or any other form of expression. [pp. 42-43]

Its harmful consequences were described as "extensive", including loss of self-esteem, anxiety, fear and school drop-outs (p. 4). Moreover, victims of bullying were almost twice as likely to report that they attempted suicide compared to young people who had not been bullied (p. 86): See also *R. v. R.(W.)*, 2010 ONCJ 526 (CanLII), at paras. 11 and 16, and "Cyberbullying: A Growing Problem", *Science Daily* (February 22, 2010, online).

[22] The Report also noted that cyberbullying can be particularly harmful because the

constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* qui permettaient l'utilisation du témoignage sur bande vidéo des enfants plaignants dans des affaires d'agression sexuelle, en raison de la nécessité de diminuer le stress et le traumatisme que subissent les enfants dans le système de justice pénale : p. 445-446; voir également *Doe c. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints in Canada*, 2003 ABQB 794, 341 A.R. 395, par. 9.

[20] Il est logique d'inférer que la cyberintimidation peut causer un préjudice aux enfants. Cette conclusion est compatible avec la toxicité psychologique de ce phénomène décrit dans le rapport de la Commission d'étude sur l'intimidation et la cyberintimidation de la Nouvelle-Écosse présidée par le professeur A. Wayne MacKay, la première commission provinciale qui a examiné l'intimidation en ligne (*Respect et responsabilité dans les relations : il n'y a pas d'app pour ça : Rapport de la Commission d'étude sur l'intimidation et la cyberintimidation* de la Nouvelle-Écosse (2012)). La commission d'étude a été mise sur pied à la suite d'une « série tragique de suicides de jeunes » (p. 4).

[21] Le rapport a défini ainsi l'intimidation :

> . . . comportement répété qui a pour intention de causer — ou dont on devrait savoir qu'il va causer — un sentiment de peur, d'humiliation, de détresse ou d'autres formes de préjudices à une autre personne en ce qui a trait à sa condition physique, ses sentiments, son estime de soi, sa réputation ou ses biens. L'intimidation peut être directe ou indirecte et peut se dérouler sous forme écrite, orale, physique ou électronique ou par tout autre moyen d'expression. [p. 46]

Les conséquences préjudiciables de l'intimidation sont qualifiées de « profondes » et comprennent la perte d'estime de soi, l'anxiété, la peur et l'abandon des études (p. 4). En outre, les victimes d'intimidation sont, deux fois plus que les jeunes qui n'en ont pas été victimes, susceptibles de signaler qu'elles ont tenté de se suicider (p. 93); voir également *R. c. R.(W.)*, 2010 ONCJ 526 (CanLII), par. 11 et 16, et « Cyberbullying : A Growing Problem », *Science Daily* (22 février 2010, en ligne).

[22] Le rapport indiquait également que la cyberintimidation peut avoir un effet particulièrement

content can be spread widely, quickly — and anonymously:

> . . . The immediacy and broad reach of modern electronic technology has made bullying easier, faster, more prevalent, and crueler than ever before. . . .
>
> . . . cyberbullying follows you home and into your bedroom; you can never feel safe, it is "non-stop bullying". . . . cyberbullying is particularly insidious because it invades the home where children normally feel safe, and it is constant and inescapable because victims can be reached at all times and in all places. . . .
>
> The anonymity available to cyberbullies complicates the picture further as it removes the traditional requirement for a power imbalance between the bully and victim, and makes it difficult to prove the identity of the perpetrator. Anonymity allows people who might not otherwise engage in bullying behaviour the opportunity to do so with less chance of repercussion. . . .
>
> . . . The cyber-world provides bullies with a vast unsupervised public playground . . . . [pp. 11-12]

[23] In addition to the psychological harm of cyberbullying, we must consider the resulting inevitable harm to children — and the administration of justice — if they decline to take steps to protect themselves because of the risk of further harm from public disclosure.

[24] Professor MacKay's Report is consistent with the inference that, absent a grant of anonymity, a bullied child may not pursue responsive legal action. He notes that half of all bullying goes unreported, largely out of fear that reporting will not be met with solutions or understanding sufficient to overcome the fear of retaliation: p. 10. One of his recommendations, as a result, was that mechanisms be developed to report cyberbullying *anonymously* (p. 66; Appendix E; see also Peter A. Winn, "Online Court Records: Balancing Judicial Accountability and Privacy in an Age of Electronic

préjudiciable parce que sa teneur peut être diffusée sur une grande échelle, très rapidement et dans l'anonymat :

> . . . Le caractère immédiat et omniprésent de la technologie électronique moderne fait que l'intimidation est plus facile, plus rapide, plus répandue et plus cruelle que jamais. . .
>
> . . . elle vous suit à la maison et dans votre chambre à coucher : vous ne vous sentez jamais à l'abri, l'intimidation est constante. [. . .] [L]a cyberintimidation est tout particulièrement insidieuse parce qu'elle envahit le domicile de l'enfant, qui est un endroit où il se sent normalement en sécurité, qu'elle est constante et qu'on ne peut y échapper, parce que la victime peut être rejointe en tout temps et en tout lieu. . .
>
> Le fait que les auteurs des cyberintimidations peuvent rester anonymes complique encore davantage la situation, parce qu'il élimine l'exigence traditionnelle d'un déséquilibre dans le rapport de force entre l'auteur et la victime et qu'elle fait qu'il est difficile de prouver l'identité de l'auteur. L'anonymat permet à des gens qui n'oseraient pas sinon se livrer à des comportements intimidants de le faire en courant peu de risques de subir des répercussions. . .
>
> . . . Le monde virtuel offre aux auteurs des intimidations un vaste terrain de jeu public sans surveillance . . . [p. 12-13]

[23] Outre le préjudice psychologique de la cyberintimidation, nous devons examiner le préjudice inévitable qu'elle cause à l'enfant — et à l'administration de la justice — si ces derniers refusent de prendre des mesures de protection en raison du risque de préjudice supplémentaire découlant de la divulgation publique.

[24] Le rapport du professeur MacKay permet d'inférer que, si on lui refuse l'anonymat, l'enfant intimidé pourra s'abstenir d'engager une poursuite. Selon l'auteur, la moitié des incidents d'intimidation ne sont pas signalés, dans une large mesure par crainte que le signalement n'apportera pas les solutions ni la compréhension suffisantes pour surmonter la peur des représailles : p. 10-11. Par conséquent, l'une des recommandations formulées portait sur l'établissement de mécanismes de signalement *anonyme* de la cyberintimidation (annexe E, p. 10; voir également, Peter A.

Information" (2004), 79 *Wash. L. Rev.* 307, at p. 328).

[25] In the context of sexual assault, this Court has already recognized that protecting a victim's privacy encourages reporting: *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122. It does not take much of an analytical leap to conclude that the likelihood of a child protecting himself or herself from bullying will be greatly enhanced if the protection can be sought anonymously. As the Kids Help Phone factum constructively notes (at para. 16), protecting children's anonymity could help ensure that they will seek therapeutic assistance and other remedies, including legal remedies where appropriate. In particular, "[w]hile media publicity is likely to have a negative effect on all victims, there is evidence to be particularly concerned about child victims. . . . Child victims need to be able to trust that their privacy will be protected as much as possible by those whom they have turned to for help": Lisa M. Jones, David Finkelhor and Jessica Beckwith, "Protecting victims' identities in press coverage of child victimization" (2010), 11 *Journalism* 347, at pp. 349-50.

[26] Studies have confirmed that allowing the names of child victims and other identifying information to appear in the media can exacerbate trauma, complicate recovery, discourage future disclosures, and inhibit cooperation with authorities. (See, e.g., UNICEF Innocenti Research Centre, *Child Safety Online: Global challenges and strategies* (2011), at pp. 15-16; and *R. v. D.H.*, 2002 BCPC 464 (CanLII), at para. 8).

[27] If we value the right of children to protect themselves from bullying, cyber or otherwise, if common sense and the evidence persuade us that young victims of sexualized bullying are particularly vulnerable to the harms of revictimization

Winn, « Online Court Records : Balancing Judicial Accountability and Privacy in an Age of Electronic Information » (2004), 79 *Wash. L. Rev.* 307, p. 328).

[25] Dans le contexte d'une agression sexuelle, notre Cour a déjà reconnu que la protection de la vie privée d'une victime favorise la dénonciation : *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122. Il n'est pas nécessaire de recourir à une analyse approfondie pour conclure que la probabilité qu'un enfant se protège contre l'intimidation sera grandement favorisée s'il peut demander la protection de façon anonyme. Comme l'indique de façon constructive le mémoire de Jeunesse J'écoute (au par. 16), la protection de l'anonymat des enfants pourrait faire en sorte que ceux-ci demandent une assistance thérapeutique et d'autres mesures correctives, notamment des mesures prévues par le droit s'il y a lieu. Plus particulièrement, [TRADUCTION] « [b]ien que la couverture médiatique soit susceptible d'avoir un effet négatif sur toutes les victimes, il y a lieu de porter en particulier l'attention sur les enfants victimes. [. . .] Les enfants victimes doivent être en mesure de compter que leur vie privée sera protégée le mieux possible par les personnes auxquelles ils se sont adressés pour obtenir de l'aide » : Lisa M. Jones, David Finkelhor et Jessica Beckwith, « Protecting victims' identities in press coverage of child victimization » (2010), 11 *Journalism* 347, p. 349-350.

[26] Des études ont confirmé que le fait d'autoriser les médias à diffuser les noms des enfants victimes et d'autres renseignements permettant de les identifier peut aggraver le traumatisme subi, compliquer le rétablissement, dissuader les dénonciations futures et faire obstacle à la collaboration avec les autorités. (Voir, par exemple, Centre de recherche Innocenti de l'UNICEF, *La sécurité des enfants en ligne : Défis et stratégies mondiaux* (2011), p. 15-16; et *R. c. D.H.*, 2002 BCPC 464 (CanLII), par. 8).

[27] Si nous attachons de l'importance au droit des enfants de se protéger contre l'intimidation, qu'elle se manifeste sur l'Internet ou sous d'autres formes, si le bon sens et la preuve nous persuadent que les jeunes victimes de harcèlement à caractère

upon publication, and if we accept that the right to protection will disappear for most children without the further protection of anonymity, we are compellingly drawn in this case to allowing A.B.'s anonymous legal pursuit of the identity of her cyberbully.

[28] The answer to the other side of the balancing inquiry — what are the countervailing harms to the open courts principle and freedom of the press — has already been decided by this Court in *Canadian Newspapers*. In that case, the constitutionality of the provision in the *Criminal Code* prohibiting disclosure of the identity of sexual assault complainants was challenged on the basis that its mandatory nature unduly restricted freedom of the press. In upholding the constitutionality of the provision, Lamer J. observed that:

> While freedom of the press is nonetheless an important value in our democratic society which should not be hampered lightly, it must be recognized that the limits imposed by [prohibiting identity disclosure] on the media's rights are *minimal*. . . . Nothing prevents the media from being present at the hearing and reporting the facts of the case and the conduct of the trial. Only information likely to reveal the complainant's identity is concealed from the public. [Emphasis added; p. 133.]

In other words, the harm has been found to be "minimal". This perspective of the relative insignificance of knowing a party's identity was confirmed by Binnie J. in *F.N.* where he referred to identity in the context of the Young Offenders legislation as being merely a "sliver of information": *F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, at para. 12.

[29] The acknowledgment of the relative unimportance of the identity of a sexual assault victim is a complete answer to the argument that the non-disclosure of the identity of a young victim of online sexualized bullying is harmful to the exercise of press freedom or the open courts principle. *Canadian Newspapers* clearly establishes that the

sexuel sont particulièrement vulnérables au préjudice de la revictimisation consécutive à la publication, et si nous admettons que, en l'absence de la protection conférée par l'anonymat, la plupart des enfants ne pourront pas se prévaloir du droit à la protection, nous sommes fortement portés en l'espèce à autoriser A.B. à procéder de façon anonyme à la recherche de l'identité de l'auteur de la cyberintimidation.

[28] La question relative à l'autre aspect de la pondération des effets — les effets préjudiciables au principe de la publicité des débats judiciaires et à la liberté de la presse — a déjà été tranchée par notre Cour dans *Canadian Newspapers*. Dans cette affaire, la constitutionnalité de la disposition du *Code criminel* interdisant la divulgation de l'identité du plaignant dans une affaire d'agression sexuelle était contestée au motif que son caractère impératif restreignait indûment la liberté de la presse. En confirmant la validité de cette disposition, le juge Lamer a fait remarquer ce qui suit :

> La liberté de la presse représente néanmoins une valeur importante dans notre société démocratique, et on ne doit pas y toucher à la légère. Il faut toutefois reconnaître que les limites imposées aux droits des médias par [l'interdiction de divulguer l'identité] sont *minimes*. [. . .] Rien n'empêche les médias d'assister à l'audience et de relater les faits de l'affaire ainsi que le déroulement du procès. Les seuls renseignements cachés au public sont ceux qui risqueraient de révéler l'identité du plaignant. [Italiques ajoutés; p. 133.]

En d'autres termes, le préjudice a été jugé « minime ». Ce point de vue concernant l'insignifiance relative de la connaissance de l'identité d'une partie a été confirmée par le juge Binnie dans *F.N.* où, dans le contexte de la législation relative aux jeunes contrevenants, il a qualifié de simple « parcelle d'information » les renseignements concernant l'identité : *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, par. 12.

[29] Le fait de reconnaître que l'identité des victimes d'agression sexuelle a relativement peu d'importance répond complètement à l'argument selon lequel la non-divulgation de l'identité d'une jeune victime d'intimidation à caractère sexuel en ligne est préjudiciable à l'exercice de la liberté de la presse ou au principe de la publicité des débats

benefits of protecting such victims through anonymity outweigh the risk to the open court principle.

[30] On the other hand, as in *Canadian Newspapers*, once A.B.'s identity is protected through her right to proceed anonymously, there seems to me to be little justification for a publication ban on the non-identifying content of the fake Facebook profile. If the non-identifying information is made public, there is no harmful impact since the information cannot be connected to A.B. The public's right to open courts and press freedom therefore prevail with respect to the non-identifying Facebook content.

[31] I would allow the appeal in part to permit A.B. to proceed anonymously in her application for an order requiring Eastlink to disclose the identity of the relevant IP user(s). I would, however, not impose a publication ban on that part of the fake Facebook profile that contains no identifying information. I would set aside the costs orders against A.B. in the prior proceedings but would not make a costs order in this Court.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant: McInnes Cooper, Halifax.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the intervener BullyingCanada Inc.: Murphy Group, Moncton.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Lawson Lundell, Vancouver.

Solicitors for the intervener Kids Help Phone: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

judiciaires. L'arrêt *Canadian Newspapers* établit clairement que les avantages de la protection de ces victimes au moyen de l'anonymat l'emportent sur le risque pour le principe de la publicité des débats.

[30] Par contre, tout comme dans *Canadian Newspapers*, dès lors que l'identité de A.B. est protégée par son droit de procéder dans l'anonymat, une ordonnance de non-publication du contenu du faux profil Facebook qui ne permet pas d'identifier A.B. me semble difficilement justifiable. La publication de ces renseignements n'entraîne aucun effet préjudiciable puisque ceux-ci ne révèlent pas l'identité de A.B. Le droit du public à la publicité des débats judiciaires et à la liberté de la presse prévaut donc en ce qui concerne le contenu du profil Facebook qui ne permet pas d'identifier A.B.

[31] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de permettre à A.B. de procéder de façon anonyme dans le cadre de sa demande d'une ordonnance obligeant Eastlink à divulguer l'identité de l'utilisateur ou des utilisateurs de l'adresse IP. Toutefois, je n'imposerais pas une ordonnance de publication concernant la partie du faux profil Facebook qui ne contient pas de renseignements permettant d'établir l'identité de A.B. Je suis d'avis d'annuler les ordonnances relatives aux dépens rendues contre A.B. dans les instances antérieures, mais de ne pas adjuger les dépens dans notre Cour.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs de l'appelante : McInnes Cooper, Halifax.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante BullyingCanada Inc. : Murphy Group, Moncton.

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

Procureurs de l'intervenante Jeunesse J'écoute : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Privacy Commissioner of Canada: Office of the Privacy Commissioner of Canada, Ottawa; University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the intervener Newspapers Canada, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, the Canadian Association of Journalists, the Professional Writers Association of Canada and the Book and Periodical Council: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitor for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Unicef Committee: Bennett Jones, Toronto.

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

Solicitor for the intervener Beyond Borders: Jonathan M. Rosenthal, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenant le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada : Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, Ottawa; Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs des intervenants Journaux canadiens, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, l'Association canadienne des journalistes, Professional Writers Association of Canada et Book and Periodical Council : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Comité Unicef Canada : Bennett Jones, Toronto.

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

Procureur de l'intervenante Au-delà des frontières : Jonathan M. Rosenthal, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Clato Lual Mabior *Respondent*

and

Canadian HIV/AIDS Legal Network, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, Canadian AIDS Society, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention, Canadian Aboriginal AIDS Network, British Columbia Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association des avocats de la défense de Montréal and Institut national de santé publique du Québec *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* MABIOR

2012 SCC 47

File No.: 33976.

2012: February 8; 2012: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Aggravated assault — Consent — Fraud — Non-disclosure of HIV status — Accused undergoing antiretroviral therapy and having protected and unprotected sexual relations knowing he was HIV-positive — Whether approach outlined in R. v. Cuerrier, [1998] 2 S.C.R. 371, remains valid in determining whether fraud vitiates consent to sexual relations — Whether non-disclosure of HIV status in circumstances where no realistic possibility of transmission exists can constitute fraud vitiating consent — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268, 273.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Clato Lual Mabior *Intimé*

et

Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention, Réseau canadien autochtone du sida, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association des avocats de la défense de Montréal et Institut national de santé publique du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* MABIOR

2012 CSC 47

N° du greffe : 33976.

2012 : 8 février; 2012 : 5 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Agression sexuelle grave — Consentement — Fraude — Omission de révéler la séropositivité — Accusé sous traitement aux antirétroviraux ayant des rapports sexuels protégés et non protégés tout en se sachant séropositif — La démarche établie dans R. c. Cuerrier, [1998] 2 R.C.S. 371, demeure-t-elle valable pour déterminer si la fraude vicie le consentement aux rapports sexuels? — L'omission de révéler la séropositivité lorsqu'il n'existe aucune possibilité réaliste de transmission du VIH peut-elle constituer une fraude viciant le consentement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c), 268, 273.

M was charged with nine counts of aggravated sexual assault based on his failure to disclose his HIV-positive status to nine complainants before having sex with them (ss. 265(3)(*c*) and 273 *Cr. C.*). None of the complainants contracted HIV. The trial judge convicted him on six of the counts and acquitted him on the other three, on the basis that sexual intercourse using a condom when viral loads are undetectable does not place a sexual partner at "significant risk of serious bodily harm", as required by *Cuerrier*. The Court of Appeal varied the decision, holding that either low viral loads or condom use could negate significant risk. This reduced to two the counts on which M could be convicted, and the Court of Appeal entered acquittals on the four remaining counts. The Crown appealed the acquittals.

Held: The appeal should be allowed in part and the convictions in respect of the complaints by S.H., D.C.S. and D.H. should be restored. The appeal should be dismissed in respect of the complaint by K.G.

This Court, in *Cuerrier*, established that failure to disclose that one has HIV may constitute fraud vitiating consent to sexual relations under s. 265(3)(*c*) *Cr. C.* Because HIV poses a risk of serious bodily harm, the operative offence is one of aggravated sexual assault (s. 273 *Cr. C.*). To obtain a conviction under ss. 265(3)(*c*) and 273, the Crown must show, beyond a reasonable doubt, that the complainant's consent to sexual intercourse was vitiated by the accused's fraud as to his HIV status. The test boils down to two elements: (1) *a dishonest act* (either falsehoods or failure to disclose HIV status); and (2) *deprivation* (denying the complainant knowledge which would have caused him or her to refuse sexual relations that exposed him or her to a significant risk of serious bodily harm). Failure to disclose may amount to fraud where the complainant would not have consented had he or she known the accused was HIV-positive, and where sexual contact poses a significant risk of or causes actual serious bodily harm.

Two main criticisms of the *Cuerrier* test have been advanced: first, that it is uncertain, failing to draw a clear line between criminal and non-criminal conduct, and second, that it either overextends the criminal law or confines it too closely — the problem of breadth. While it may be difficult to apply, the *Cuerrier* approach is in principle valid. It carves out an appropriate

M a été inculpé de neuf chefs d'agression sexuelle grave par suite de son omission d'informer les neuf plaignantes de sa séropositivité avant d'avoir des rapports sexuels avec elles (al. 265(3)*c*) et art. 273 *C. cr.*). Aucune des plaignantes n'a contracté le VIH. La juge du procès a déclaré M coupable de six des chefs d'accusation et l'a acquitté des trois autres au motif qu'avoir des rapports sexuels en utilisant un condom lorsque la charge virale est indétectable n'expose pas le partenaire sexuel à un « risque important de lésions corporelles graves » comme l'exige l'arrêt *Cuerrier*. La Cour d'appel a modifié la décision, concluant qu'une faible charge virale ou l'utilisation du condom pouvait écarter tout risque important. Dès lors, M ne pouvait être déclaré coupable que de deux chefs, et la Cour d'appel a inscrit des acquittements pour les quatre autres. Le ministère public a interjeté appel de ces acquittements.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie, et les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle grave sont rétablies relativement aux plaignantes S.H., D.C.S. et D.H. Le pourvoi est rejeté en ce qui concerne la plaignante K.G.

Dans l'arrêt *Cuerrier*, notre Cour établit que l'omission de révéler sa séropositivité peut constituer une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles pour l'application de l'al. 265(3)*c*) *C. cr.* Étant donné que le VIH présente un risque de lésions corporelles graves, l'infraction applicable est celle d'agression sexuelle grave (art. 273 *C. cr.*). Pour obtenir une déclaration de culpabilité sous le régime de l'al. 265(3)*c*) et de l'art. 273, le ministère public doit démontrer, hors de tout doute raisonnable, que le consentement du plaignant aux relations sexuelles est vicié par la fraude de l'accusé concernant sa séropositivité. Le critère exige essentiellement deux choses : (1) *un acte malhonnête* (le mensonge sur l'état de santé ou l'omission de révéler la séropositivité) et (2) *la privation* (d'éléments d'information qui auraient causé le refus du plaignant d'avoir des relations sexuelles l'exposant à un risque important de lésions corporelles graves). L'omission de révéler peut constituer une fraude lorsque le plaignant n'aurait pas donné son consentement s'il avait su que l'accusé était séropositif et lorsqu'un contact sexuel présente un risque important de lésions corporelles graves ou inflige effectivement de telles lésions.

Le critère issu de l'arrêt *Cuerrier* fait l'objet de deux critiques principales. Premièrement, on lui reproche son caractère incertain en ce qu'il ne permet pas de départager clairement actes criminels et actes non criminels. Deuxièmement, il confère au droit criminel une portée soit trop grande, soit trop restreinte (le problème de la portée). Bien qu'il puisse être difficile à appliquer,

area for the criminal law — one restricted to "significant risk of serious bodily harm". The test's approach to consent accepts the wisdom of the common law that not every deception that leads to sexual intercourse should be criminalized, while still according consent meaningful scope.

The *Cuerrier* requirement of "significant risk of serious bodily harm" should be read as requiring disclosure of HIV status if there is a realistic possibility of transmission of HIV. This view is supported by the common law and statutory history of fraud vitiating consent to sexual relations, and is in line with *Charter* values of autonomy and equality that respect the interest of a person to choose whether to consent to sex with a particular person or not. It also gives adequate weight to the nature of the harm involved in HIV transmission, and avoids setting the bar for criminal conviction too high or too low. If there is no realistic possibility of transmission of HIV, failure to disclose that one has HIV will not constitute fraud vitiating consent to sexual relations under s. 265(3)(*c*).

The evidence adduced in this case leads to the conclusion that, as a general matter, a realistic possibility of transmission of HIV is negated if: (i) the accused's viral load at the time of sexual relations was low *and* (ii) condom protection was used. This general proposition does not preclude the common law from adapting to future advances in treatment and to circumstances where risk factors other than those considered in this case are at play.

Here, the four complainants all consented to sexual intercourse with M, and testified that they would not have had sex with him had they known he was HIV-positive. M had intercourse by vaginal penetration with the four complainants, during which he ejaculated. At the time of intercourse with the complainants S.H., D.C.S. and D.H., M had a low viral load but did not use a condom. Consequently, those convictions should be maintained. As regards K.G., the record shows that M's viral load was low. When combined with condom protection, this did not expose K.G. to a significant risk of serious bodily harm. This conviction must accordingly be reversed.

le critère de l'arrêt *Cuerrier* demeure valable sur le plan des principes. Il circonscrit avec justesse la portée du droit criminel — réprimer les actes qui exposent à un « risque important de lésions corporelles graves ». La notion de consentement qui le sous-tend s'inspire de la sagesse de la common law (qui s'abstient de criminaliser toute tromperie incitant à consentir à un rapport sexuel) tout en accordant une grande importance au consentement.

L'exigence d'un « risque important de lésions corporelles graves » formulée dans l'arrêt *Cuerrier* doit être interprétée comme obligeant une personne à révéler sa séropositivité lorsqu'il existe une possibilité réaliste de transmission du VIH. Cette interprétation est étayée par l'évolution de la common law et des lois en matière de fraude viciant le consentement aux relations sexuelles. Elle est en outre dans le droit fil des valeurs d'autonomie et d'égalité de la *Charte* qui ont pour effet de protéger le droit de chacun de consentir ou non à des rapports sexuels avec une personne en particulier. Aussi, cette interprétation tient dûment compte de la nature du préjudice causé par la transmission du VIH et elle ne place la barre ni trop haut ni trop bas pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité. En l'absence de possibilité réaliste de transmission du VIH, l'omission de dévoiler sa séropositivité ne constitue pas une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles pour l'application de l'al. 265(3)*c*).

Il appert généralement de la preuve admise au procès que la possibilité réaliste de transmission du VIH n'est pas établie dans la mesure où, (i) au moment considéré, la charge virale de l'accusé était faible *et* (ii) un condom a été utilisé. Cet énoncé général n'empêche pas la common law de s'adapter aux futures avancées thérapeutiques et aux circonstances où des facteurs de risque différents sont en cause.

En l'espèce, les quatre plaignantes ont toutes consenti aux rapports sexuels avec M et témoigné qu'elles n'auraient pas eu ces rapports si elles avaient su que M était séropositif. Il y a eu pénétration vaginale et éjaculation lors des rapports sexuels avec les quatre plaignantes. Lors de ses relations sexuelles avec S.H., D.C.S. et D.H., M avait une charge virale faible, mais il n'a pas utilisé de condom. Les déclarations de culpabilité doivent donc être confirmées dans ces cas. En ce qui concerne K.G., le dossier révèle que la charge virale de M était faible. Combinée à l'utilisation du condom, cette charge virale faible n'a pas exposé K.G. à un risque important de lésions corporelles graves. Par conséquent, la déclaration de culpabilité prononcée dans ce cas doit être annulée.

Cases Cited

Applied: *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; **referred to:** *R. v. D.C.*, 2012 SCC 48, [2012] 2 S.C.R. 626; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *The Queen v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106; *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60; *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49; *The Queen v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; *R. v. Flattery* (1877), 13 Cox C.C. 388; *R. v. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579; *R. v. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925; *R. v. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28; *Hegarty v. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 124, aff'd 14 Cox C.C. 145; *Papadimitropoulos v. The Queen* (1957), 98 C.L.R. 249; *R. v. Harms* (1943), 81 C.C.C. 4; *Bolduc v. The Queen*, [1967] S.C.R. 677; *R. v. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528; *R. v. Lee* (1991), 3 O.R. (3d) 726; *R. v. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257; *State v. Marcks*, 41 S.W. 973 (1897), and 43 S.W. 1095 (1898); *State v. Lankford*, 102 A. 63 (1917); *United States v. Johnson*, 27 M.J. 798 (1988); *United States v. Dumford*, 28 M.J. 836 (1989); *R. v. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. B.*, [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567; *R. v. Mwai*, [1995] 3 N.Z.L.R. 149; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *Twining v. Morrice* (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182; *Conolly v. Parsons* (1797), 3 Ves. 625n; *Walters v. Morgan* (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *R. v. Jones*, 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL); *R. v. J.A.T.*, 2010 BCSC 766 (CanLII).

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Crimes Act 1958 (Vic.), ss. 22, 23.

Crimes Act 1961 (N.Z.), 1961, No. 43, ss. 145, 188(2).

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265, 268, 271(1), 273.

Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, ss. 259(*b*), 266.

Criminal Code Act (N.T.), ss. 174C, 174D.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; **arrêts mentionnés :** *R. c. D.C.*, 2012 CSC 48, [2012] 2 R.C.S. 626; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. par [1951] A.C. 179; *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *La Reine c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106; *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60; *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49; *The Queen c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; *R. c. Flattery* (1877), 13 Cox C.C. 388; *R. c. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579; *R. c. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925; *R. c. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28; *Hegarty c. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 124, conf. par 14 Cox C.C. 145; *Papadimitropoulos c. The Queen* (1957), 98 C.L.R. 249; *R. c. Harms* (1943), 81 C.C.C. 4; *Bolduc c. The Queen*, [1967] R.C.S. 677; *R. c. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528; *R. c. Lee* (1991), 3 O.R. (3d) 726; *R. c. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257; *State c. Marcks*, 41 S.W. 973 (1897), et 43 S.W. 1095 (1898); *State c. Lankford*, 102 A. 63 (1917); *United States c. Johnson*, 27 M.J. 798 (1988); *United States c. Dumford*, 28 M.J. 836 (1989); *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. B.*, [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567; *R. c. Mwai*, [1995] 3 N.Z.L.R. 149; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *Twining c. Morrice* (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182; *Conolly c. Parsons* (1797), 3 Ves. 625n; *Walters c. Morgan* (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *R. c. Jones*, 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL); *R. c. J.A.T.*, 2010 BCSC 766 (CanLII).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265, 268, 271(1), 273.

Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 259*b*), 266.

Crimes Act 1958 (Vic.), art. 22, 23.

Crimes Act 1961 (N.-Z.), 1961, No. 43, art. 145, 188(2).

Criminal Code Act (N.T.), art. 174C, 174D.

Criminal Law Consolidation Act 1935 (S.A.), art. 29.

Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19.

Criminal Law Consolidation Act 1935 (S.A.), s. 29.
Offences against the Person Act, 1861 (U.K.), 24 & 25 Vict., c. 100, ss. 18, 20.

Authors Cited

Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London: Allen Lane, 2010.
Boily, Marie-Claude, et al. "Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: systematic review and meta-analysis of observational studies" (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118.
Burris, Scott, et al. "Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial" (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467.
Cohen, Myron S., et al. "Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy" (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493.
Grant, Isabel. "The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada: Time to Rethink *Cuerrier*" (2011), 5 *M.J.L.H.* 7.
Leigh, L. H. "Two cases on consent in rape" (2007), 5 *Arch. News* 6.
Nightingale, Brenda L. *The Law of Fraud and Related Offences*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2011, release 3).
Wainberg, Mark A. "Criminalizing HIV transmission may be a mistake" (2009), 180 *C.M.A.J.* 688.
Weller, Susan C., and Karen Davis-Beaty. "Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission" (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Steel, MacInnes and Beard JJ.A.), 2010 MBCA 93, 258 Man. R. (2d) 166, 261 C.C.C. (3d) 520, 79 C.R. (6th) 1, [2011] 2 W.W.R. 211, [2010] M.J. No. 308 (QL), 2010 CarswellMan 587, setting aside convictions for aggravated sexual assault entered by McKelvey J., 2008 MBQB 201, 230 Man. R. (2d) 184, [2008] M.J. No. 277 (QL), 2008 CarswellMan 406. Appeal allowed in part.

Elizabeth Thomson and *Ami Kotler*, for the appellant.

Amanda Sansregret and *Corey La Berge*, for the respondent.

Jonathan Shime, *Corie Langdon*, *Richard Elliott* and *Ryan Peck*, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV &

Offences against the Person Act, 1861 (R.-U.), 24 & 25 Vict., ch. 100, art. 18, 20.

Doctrine et autres documents cités

Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London : Allen Lane, 2010.
Boily, Marie-Claude, et al. « Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act : systematic review and meta-analysis of observational studies » (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118.
Burris, Scott, et al. « Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial » (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467.
Cohen, Myron S., et al. « Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy » (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493.
Grant, Isabel. « The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada : Time to Rethink *Cuerrier* » (2011), 5 *R.D.S.M.* 7.
Leigh, L. H. « Two cases on consent in rape » (2007), 5 *Arch. News* 6.
Nightingale, Brenda L. *The Law of Fraud and Related Offences*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2011, release 3).
Wainberg, Mark A. « Criminalizing HIV transmission may be a mistake » (2009), 180 *J.A.M.C.* 688.
Weller, Susan C., and Karen Davis-Beaty. « Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission » (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Steel, MacInnes et Beard), 2010 MBCA 93, 258 Man. R. (2d) 166, 261 C.C.C. (3d) 520, 79 C.R. (6th) 1, [2011] 2 W.W.R. 211, [2010] M.J. No. 308 (QL), 2010 CarswellMan 587, qui a annulé des déclarations de culpabilité d'agression sexuelle grave inscrites par la juge McKelvey, 2008 MBQB 201, 230 Man. R. (2d) 184, [2008] M.J. No. 277 (QL), 2008 CarswellMan 406. Pourvoi accueilli en partie.

Elizabeth Thomson et *Ami Kotler*, pour l'appelante.

Amanda Sansregret et *Corey La Berge*, pour l'intimé.

Jonathan Shime, *Corie Langdon*, *Richard Elliott* et *Ryan Peck*, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic

AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, the Positive Living Society of British Columbia, the Canadian AIDS Society, the Toronto People With AIDS Foundation, the Black Coalition for AIDS Prevention and the Canadian Aboriginal AIDS Network.

Michael A. Feder and *Angela M. Juba*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

P. Andras Schreck and *Candice Suter*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

François Dadour, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

Lucie Joncas and *François Côté*, for the intervener Institut national de santé publique du Québec.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Overview

[1] This case raises the issue of whether an HIV-positive person who engages in sexual relations without disclosing his condition commits aggravated sexual assault.

[2] Sex without consent is sexual assault under s. 265 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, establishes that failure to advise a partner of one's HIV status may constitute fraud vitiating consent. Because HIV poses a risk of serious bodily harm, the operative offence is one of aggravated sexual assault, attracting a maximum sentence of life imprisonment: *Cuerrier*, at para. 95; ss. 265, 268 and 273 *Cr. C.*

Ontario, la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, la Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention et le Réseau canadien autochtone du sida.

Michael A. Feder et *Angela M. Juba*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

P. Andras Schreck et *Candice Suter*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

François Dadour, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

Lucie Joncas et *François Côté*, pour l'intervenant l'Institut national de santé publique du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une personne porteuse du VIH qui a des relations sexuelles sans révéler sa séropositivité commet une agression sexuelle grave.

[2] La personne qui a des rapports sexuels avec une autre sans le consentement de cette dernière commet une agression sexuelle suivant l'art. 265 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Dans l'arrêt *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, la Cour établit que l'omission d'informer le partenaire de sa séropositivité peut constituer une fraude viciant le consentement. Étant donné que le VIH présente un risque de lésions corporelles graves, l'infraction applicable est celle d'agression sexuelle grave, dont la perpétration rend passible de la peine maximale d'emprisonnement à perpétuité : *Cuerrier*, par. 95; art. 265, 268 et 273 *C. cr.*

[3] While *Cuerrier* laid down the basic requirements for the offence, the precise circumstances when failure to disclose HIV status vitiates consent and converts sexual activity into a criminal act remain unclear. The parties ask this Court for clarification.

[4] I conclude that a person may be found guilty of aggravated sexual assault under s. 273 of the *Criminal Code* if he fails to disclose HIV-positive status before intercourse and there is a realistic possibility that HIV will be transmitted. If the HIV-positive person has a low viral count as a result of treatment and there is condom protection, the threshold of a realistic possibility of transmission is not met, on the evidence before us.

II. Background

[5] The respondent, Mr. Mabior, lived in Winnipeg. His house was a party place. People came in and out, including a variety of young women. Alcohol and drugs were freely dispensed. From time to time, Mr. Mabior had sex with women who came to his house, including the nine complainants in this case.

[6] Mr. Mabior did not tell the complainants that he was HIV-positive before having sex with them; indeed, he told one of them that he had no STDs. On some occasions, he wore condoms, on others he did not. Sometimes the condoms broke or were removed, and in some cases, the precise nature of the protections taken is unclear. Eight of the nine complainants testified that they would not have consented to sex with Mr. Mabior had they known he was HIV-positive. None of the complainants contracted HIV.

[7] Mr. Mabior was charged with nine counts of aggravated sexual assault (and other related offences), based on his failure to disclose to the complainants that he was HIV-positive. In defence, Mr. Mabior called evidence that he was under treatment,

[3] Bien que l'arrêt *Cuerrier* définisse les éléments fondamentaux de l'infraction, les circonstances précises dans lesquelles l'omission de révéler sa séropositivité vicie le consentement et fait de l'activité sexuelle un acte criminel demeurent floues. Les parties demandent à notre Cour de les clarifier.

[4] Je conclus qu'une personne peut être déclarée coupable d'agression sexuelle grave en application de l'art. 273 du *Code criminel* lorsqu'elle omet de révéler sa séropositivité avant d'avoir des rapports sexuels et qu'il existe une possibilité réaliste qu'elle transmette le VIH. Lorsque la charge virale de la personne séropositive est faible en raison d'un traitement et qu'il y a utilisation du condom, la condition de la possibilité réaliste de transmission n'est pas remplie, au vu de la preuve qui figure au dossier.

II. Contexte

[5] L'intimé, M. Mabior, habitait Winnipeg et, chez lui, on faisait beaucoup la fête. Les gens entraient et sortaient, y compris de nombreuses jeunes femmes. L'alcool et la drogue abondaient. À l'occasion, M. Mabior avait des relations sexuelles avec ses jeunes invitées, dont les neuf plaignantes en l'espèce.

[6] M. Mabior n'a pas informé les plaignantes de sa séropositivité avant d'avoir des rapports sexuels avec elles; au contraire, il a dit à l'une d'elles qu'il n'avait aucune MTS. Parfois, il enfilait un condom, d'autres fois non. Il arrivait qu'un condom se brise ou soit retiré, et dans certains cas la nature précise de la protection n'est pas claire. Huit des neuf plaignantes ont témoigné qu'elles n'auraient pas consenti aux rapports sexuels si elles avaient su que M. Mabior était séropositif. Aucune n'a contracté le VIH.

[7] M. Mabior a été inculpé de neuf chefs d'agression sexuelle grave (et autres infractions connexes) au motif qu'il a omis de révéler aux plaignantes sa séropositivité. En défense, il a présenté des éléments de preuve selon lesquels il suivait un traitement et

and that he was not infectious or presented only a low risk of infection at the relevant times.

[8] The trial judge convicted Mr. Mabior of six counts of aggravated sexual assault (2008 MBQB 201, 230 Man. R. (2d) 184). She acquitted him on the other three, on the basis that sexual intercourse using a condom when viral loads are undetectable does not place a sexual partner at "significant risk of serious bodily harm", as required by *Cuerrier*.

[9] Mr. Mabior appealed from these six convictions; the Crown did not appeal from the three acquittals. The Manitoba Court of Appeal varied the trial judge's decision, holding that *either* low viral loads *or* condom use could negate significant risk (2010 MBCA 93, 258 Man. R. (2d) 166). This reduced to two the counts on which Mr. Mabior could be convicted, and the Court of Appeal entered acquittals on the four remaining counts. The Crown appeals these acquittals. Mr. Mabior has not cross-appealed against the two convictions upheld by the Court of Appeal.

III. The Legislation

[10] Sections 265 and 273 of the *Criminal Code* provide:

265. (1) A person commits an assault when

(*a*) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

. . .

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault . . . and aggravated sexual assault.

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

. . .

(*c*) fraud;

. . .

n'était pas infectieux ou ne présentait qu'un faible risque d'infection aux moments considérés.

[8] La juge du procès a déclaré M. Mabior coupable de six chefs d'agression sexuelle grave (2008 MBQB 201, 230 Man. R. (2d) 184). Elle l'a acquitté des trois autres chefs au motif qu'avoir des rapports sexuels en utilisant un condom lorsque sa charge virale est indétectable n'expose pas le partenaire sexuel à un « risque important de lésions corporelles graves » comme l'exige l'arrêt *Cuerrier*.

[9] M. Mabior a fait appel des six déclarations de culpabilité; le ministère public n'a pas interjeté appel des trois acquittements. La Cour d'appel du Manitoba a modifié la décision de la juge du procès, concluant qu'une faible charge virale *ou* l'utilisation du condom (*l'une ou l'autre*) pouvait écarter tout risque important (2010 MBCA 93, 258 Man. R. (2d) 166). Dès lors, M. Mabior ne pouvait être déclaré coupable que de deux chefs, et la Cour d'appel a inscrit des acquittements pour les quatre autres. Le ministère public interjette appel de ces acquittements. M. Mabior ne forme pas d'appel incident à l'encontre des deux déclarations de culpabilité confirmées par la Cour d'appel.

III. Les dispositions législatives

[10] Les articles 265 et 273 du *Code criminel* disposent :

265. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas :

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

. . .

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles [. . .] et les agressions sexuelles graves.

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison :

. . .

c) . . . de la fraude;

. . .

273. (1) Every one commits an aggravated sexual assault who, in committing a sexual assault, wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant.

(2) Every person who commits an aggravated sexual assault is guilty of an indictable offence and liable

. . .

(*b*) in any other case, to imprisonment for life.

IV. The Issues

[11] The issues are as follows:

A. What is the correct interpretation of "fraud" vitiating consent to sexual activity in s. 265(3)(*c*) of the *Criminal Code*?

(1) Problems with the existing interpretation of "fraud" vitiating consent:

(a) Uncertainty;

(b) Breadth.

(2) Guides to interpretation:

(a) The purposes of the criminal law;

(b) The common law and statutory history of fraud vitiating consent to sexual relations;

(c) *Charter* values;

(d) The experience of other common law jurisdictions.

(3) Finding a solution:

(a) The active misrepresentation approach;

(b) The absolute disclosure approach;

(c) A case-by-case fact-based approach;

(d) Judicial notice;

(e) Relationship-based distinctions;

(f) The reasonable partner approach;

(g) An evolving common law approach.

(4) Realistic possibility of HIV transmission.

273. (1) Commet une agression sexuelle grave quiconque, en commettant une agression sexuelle, blesse, mutile ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger.

(2) Quiconque commet une agression sexuelle grave est coupable d'un acte criminel passible :

. . .

b) dans les autres cas, de l'emprisonnement à perpétuité.

IV. Les questions en litige

[11] Les questions en litige sont les suivantes :

A. Que faut-il entendre par « fraude » viciant le consentement à une activité sexuelle pour l'application de l'al. 265(3)*c*) du *Code criminel*?

(1) Difficultés découlant de l'interprétation actuelle de la « fraude » viciant le consentement :

a) l'incertitude;

b) la portée.

(2) Considérations présidant à l'interprétation :

a) les objectifs du droit criminel;

b) l'évolution de la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles dans la common law et dans la loi;

c) les valeurs consacrées par la *Charte*;

d) la situation dans les autres ressorts de common law.

(3) Recherche d'une solution :

a) la tromperie active;

b) l'obligation absolue de révéler;

c) la prise en compte des faits de chaque espèce;

d) la connaissance d'office;

e) la distinction fondée sur la nature du lien entre les personnes;

f) la notion de partenaire raisonnable;

g) faire évoluer la common law.

(4) Possibilité réaliste de transmission du VIH.

V. Discussion

A. *What is the Correct Interpretation of "Fraud" Vitiating Consent to Sexual Activity in Section 265(3)(c) of the Criminal Code?*

(1) Problems With the Existing Interpretation of "Fraud" Vitiating Consent

[12] This Court considered "fraud" under s. 265(3)(*c*) 14 years ago in *Cuerrier*. The majority test in *Cuerrier* may be stated in different ways, but boils down to two elements: (1) *a dishonest act* (either falsehoods or failure to disclose HIV status); and (2) *deprivation* (denying the complainant knowledge which would have caused her to refuse sexual relations that exposed her to a significant risk of serious bodily harm).

[13] We are invited to revisit the *Cuerrier* test by the parties and by the Manitoba Court of Appeal in this case and the Quebec Court of Appeal in the companion case of *R. v. D.C.*, 2012 SCC 48, [2012] 2 S.C.R. 626. Two main criticisms of the *Cuerrier* test are advanced: first, that it is uncertain, failing to draw a clear line between criminal and non-criminal conduct (uncertainty), and second, that it either overextends the criminal law or confines it too closely — the problem of breadth.

[14] I turn first to the criticism that the *Cuerrier* test is uncertain. It is a fundamental requirement of the rule of law that a person should be able to predict whether a particular act constitutes a crime at the time he commits the act. The rule of law requires that laws provide in advance what can and cannot be done: Lord Bingham, *The Rule of Law* (2010). Condemning people for conduct that they could not have reasonably known was criminal is Kafkaesque and anathema to our notions of justice. After-the-fact condemnation violates the concept of liberty in s. 7 of the *Canadian Charter*

V. Analyse

A. *Que faut-il entendre par « fraude » viciant le consentement à l'activité sexuelle pour l'application de l'al. 265(3)c) du Code criminel?*

(1) Difficultés découlant de l'interprétation actuelle de la « fraude » viciant le consentement

[12] Il y a 14 ans, dans l'arrêt *Cuerrier*, notre Cour s'est penchée sur la notion de « fraude » visée à l'al. 265(3)*c*). Le critère qu'ont établi les juges majoritaires peut être formulé de différentes manières, mais il exige essentiellement deux choses : (1) *un acte malhonnête* (le mensonge sur l'état de santé ou l'omission de révéler sa séropositivité) et (2) *la privation* (d'éléments d'information qui auraient causé le refus du plaignant d'avoir des relations sexuelles l'exposant à un risque important de lésions corporelles graves).

[13] Les parties et la Cour d'appel du Manitoba en l'espèce, de même que la Cour d'appel du Québec dans le pourvoi connexe *R. c. D.C.*, 2012 CSC 48, [2012] 2 R.C.S. 626, nous invitent à revoir le critère issu de l'arrêt *Cuerrier*. Ce critère fait l'objet de deux critiques principales. Premièrement, on lui reproche son caractère incertain en ce qu'il ne permet pas de départager clairement actes criminels et actes non criminels (d'où l'incertitude). Deuxièmement, il conférerait au droit criminel une portée soit trop grande, soit trop restreinte (le problème de la portée).

[14] Examinons d'abord le caractère incertain imputé au critère de l'arrêt *Cuerrier*. L'une des exigences fondamentales de la règle de droit veut qu'une personne puisse savoir qu'un acte est criminel avant de l'accomplir. La règle de droit exige que les lois délimitent à l'avance ce qui est permis et ce qui est interdit : lord Bingham, *The Rule of Law* (2010). Condamner une personne pour un acte dont elle ne pouvait raisonnablement savoir qu'il était criminel est digne de l'univers kafkaïen et va à l'encontre de notre conception de la justice. La condamnation d'un acte après coup est contraire au

of Rights and Freedoms and has no place in the Canadian legal system.

[15] The *Cuerrier* test gives rise to two uncertainties — what constitutes "significant risk" and what constitutes "serious bodily harm"? These terms are broad and different people can and do read them in different ways.

[16] About "significant risk", some people say that virtually any risk of serious bodily harm is significant. Others argue that to be significant, the risk must rise to a higher level. These debates centre on statistical percentages. Is a 1% risk "significant"? Or should it be 10% or 51% or, indeed, .01%? How is a prosecutor to know or a judge decide? And if prosecutors, defence counsel and judges debate the point, how — one may ask — is the ordinary Canadian citizen to know? This uncertainty is compounded by the fact that a host of variables may affect the actual risk of infection.

[17] Debate has also surrounded the requirement that the risk be one of "serious bodily harm". Some sexually transmitted diseases ("STDs") involve little beyond treatable temporary discomfort. Yet even that discomfort, while it persists, may be serious from the perspective of the victim. Other STDs, like HIV, are extremely serious, involving permanent and life-altering symptoms, and in some cases death. Between these two extremes lie many other STDs, some more debilitating than others. Which are sufficiently serious to attract the sanction of the criminal law? *Cuerrier* offers no clear answer.

[18] The uncertainty inherent in the concepts of significant risk and serious bodily harm is compounded by the fact that they are interrelated. The more serious the nature of the harm, the lower the probability of transmission need be to amount to a significant risk of serious bodily harm, it is argued.

concept de liberté consacré à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et elle répugne au système de justice canadien.

[15] Le critère de l'arrêt *Cuerrier* se révèle incertain sur deux points : ce qu'il faut entendre par « risque important » et ce en quoi consistent les « lésions corporelles graves ». Il s'agit de termes généraux susceptibles d'être interprétés différemment par différentes personnes.

[16] S'agissant de la notion de « risque important », certains affirment que tout risque de lésions corporelles graves est pour ainsi dire important. D'autres font valoir que pour être important le risque doit atteindre un degré élevé. Les tenants de l'une et l'autre thèses invoquent des données statistiques. Un risque de 1 % est-il « important »? Doit-on plutôt fixer la barre à 10 % ou à 51 %, et pourquoi pas à 0,01 %? Comment le poursuivant peut-il le déterminer, et le juge trancher? Et dans la mesure où ni les poursuivants, ni les avocats de la défense, ni les juges ne sont fixés sur ce point, comment le citoyen canadien ordinaire peut-il s'y retrouver? À cette incertitude fondamentale s'ajoute une multitude de variables susceptibles d'influer sur le risque réel d'infection.

[17] On s'est aussi interrogé sur l'exigence d'un risque de « lésions corporelles graves ». Certaines maladies transmissibles sexuellement (« MTS ») n'occasionnent guère plus qu'un inconfort temporaire qui peut être traité. Or, même cet inconfort, tant qu'il persiste, peut être grave du point de vue de la victime. D'autres MTS, comme le VIH, sont extrêmement graves, s'accompagnant de symptômes permanents et invalidants et entraînant parfois la mort. Il existe entre ces deux pôles de nombreuses autres MTS, certaines plus débilitantes que d'autres. Lesquelles sont suffisamment graves pour commander l'application du droit criminel? L'arrêt *Cuerrier* n'offre pas de réponse claire.

[18] L'incertitude inhérente aux notions de risque important et de lésions corporelles graves est d'autant plus grande que ces notions sont interreliées. On fait valoir que plus la nature du préjudice est grave, moins la probabilité de transmission doit être grande pour qu'il y ait risque important

So it is not simply a matter of percentage of risk and seriousness of the potential disease. It is a matter of the two as they relate to each other.

[19] What emerges is a complex calculus that makes it impossible, in many cases, to predict in advance whether a particular act is criminal under s. 265(3)(*c*) or not. The second major criticism of *Cuerrier* relates to the scope of the conduct it catches. The danger of an overbroad interpretation is the criminalization of conduct that does not present the level of moral culpability and potential harm to others appropriate to the ultimate sanction of the criminal law. A criminal conviction and imprisonment, with the attendant stigma that attaches, is the most serious sanction the law can impose on a person, and is generally reserved for conduct that is highly culpable — conduct that is viewed as harmful to society, reprehensible and unacceptable. It requires both a culpable act — *actus reus* — and a guilty mind — *mens rea* — the parameters of which should be clearly delineated by the law.

(2) Guides to Interpretation

[20] As for all issues of statutory interpretation, the basic question is what Parliament intended. That intention is discovered by looking at the words of the provision, informed by its history, context and purpose.

[21] The words of s. 265(3)(*c*) do not on their face reveal much about how Parliament intended "fraud" to be interpreted. The concept was taken by Parliament from the common law.

[22] The interpretation of "fraud" vitiating consent to sexual relations is informed by four considerations: (a) the purposes of the criminal law; (b) the common law and statutory history of the concept; (c) *Charter* values, particularly equality, autonomy, liberty, privacy and human dignity; and (d) the experience of other common law jurisdictions. I will consider each in turn.

de lésions corporelles graves. Il ne s'agit donc pas d'une simple question de pourcentage de risque et de gravité de la maladie possible. C'est l'interrelation entre les deux qui importe.

[19] Dès lors, on se retrouve aux prises avec des calculs complexes qui empêchent souvent de savoir à l'avance si un acte donné constitue ou non un acte criminel pour les besoins de l'al. 265(3)*c*). La seconde grande critique dont fait l'objet le critère de l'arrêt *Cuerrier* concerne sa portée. Une interprétation trop large risque de criminaliser un acte malgré l'absence du degré de culpabilité morale et du risque de causer préjudice à autrui qui justifient l'application de la sanction la plus grave du droit criminel. La déclaration de culpabilité assortie d'une peine d'emprisonnement, sans compter les stigmates qui s'y rattachent, est la sanction la plus grave que la loi puisse infliger, et on la réserve généralement à l'auteur d'un acte hautement coupable, un acte perçu comme préjudiciable à la société, répréhensible et inacceptable. Elle requiert à la fois un acte coupable — l'*actus reus* — et une intention coupable — la *mens rea* — dont les paramètres doivent être clairement définis par la loi.

(2) Considérations présidant à l'interprétation

[20] Fondamentalement, pour interpréter une disposition législative, il faut déterminer quelle était l'intention du législateur, ce qui requiert d'examiner le libellé en cause à la lumière de l'historique, du contexte et de l'objet de la disposition.

[21] À première vue, le libellé de l'al. 265(3)*c*) ne renseigne guère sur le sens qu'entendait donner le législateur au mot « fraude », une notion empruntée à la common law.

[22] Quatre considérations président à l'interprétation de la « fraude » viciant le consentement aux relations sexuelles : a) les objectifs du droit criminel, b) l'évolution de la notion dans la common law et dans la loi, c) les valeurs consacrées par la *Charte*, en particulier l'égalité, l'autonomie, la liberté, le droit à la vie privée et la dignité humaine, de même que d) la situation dans les autres ressorts de common law. J'examine chacune de ces considérations successivement.

(a) *The Purposes of the Criminal Law*

[23] The interpretation of fraud vitiating consent to sexual relations should further the purposes of the criminal law, notably identifying, deterring and punishing criminal conduct, defined by a wrongful act and guilty mind. Morality infuses the criminal law. But the law does not seek to criminalize all immorality. The principal objective of the criminal law is the public identification of wrongdoing *qua* wrongdoing which violates public order and is so blameworthy that it deserves penal sanction: *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.); *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179 (P.C.); *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *The Queen v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106.

[24] The law draws a sharp distinction between civil wrongdoing and criminal wrongdoing. Criminal conduct requires both a wrongful act and a guilty mind. It requires "a significant fault element": *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60, at para. 32. As Charron J. stated for the majority of this Court in *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49, at para. 34:

> If every departure from the civil norm is to be criminalized, regardless of the degree, we risk casting the net too widely and branding as criminals persons who are in reality not morally blameworthy. Such an approach risks violating the principle of fundamental justice that the morally innocent not be deprived of liberty.

The potential consequences of a conviction for aggravated sexual assault — up to life imprisonment — underline the importance of insisting on moral blameworthiness in the interpretation of s. 265(3)(*c*) of the *Criminal Code*.

a) *Les objectifs du droit criminel*

[23] L'interprétation de la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles doit favoriser la réalisation des objectifs du droit criminel, notamment la détection, la prévention et la répression de la conduite criminelle, laquelle est constituée d'un acte fautif et d'une intention coupable. La moralité imprègne le droit criminel, mais le législateur n'entend pas criminaliser toute forme d'immoralité. L'objet principal du droit criminel est la réprobation publique d'actes fautifs en ce qu'ils portent atteinte à l'ordre public et sont si répréhensibles qu'ils justifient une sanction pénale : *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.); *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. dans [1951] A.C. 179 (C.P.); *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *La Reine c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106.

[24] Le droit établit une nette distinction entre la faute civile et la faute criminelle. La conduite criminelle exige à la fois un acte fautif et une intention coupable. Elle requiert un « haut degré de négligence » : *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60, par. 32. Comme le dit la juge Charron au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49, par. 34 :

> S'il faut considérer comme une infraction criminelle chaque écart par rapport à la norme civile, quelle qu'en soit la gravité, on risque de ratisser trop large et de qualifier de criminelles des personnes qui en réalité ne sont pas moralement blâmables. Une telle approche risque de porter atteinte au principe de justice fondamentale voulant qu'une personne moralement innocente ne doive pas être privée de sa liberté.

Les conséquences éventuelles d'une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle grave — qui peuvent aller jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité — font ressortir l'importance d'interpréter l'al. 265(3)*c*) du *Code criminel* en mettant l'accent sur le caractère moralement blâmable de la conduite en cause.

(b) *The Common Law and Statutory History of Fraud Vitiating Consent to Sexual Relations*

[25] The common law history of fraud vitiating consent to sexual relations reveals three periods. The early cases support the view that failure to disclose to a partner the fact that one has a serious sexually transmitted disease could constitute fraud vitiating consent to sexual relations, resulting in convictions for rape or assault. This was reversed in *The Queen v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23 (Cr. Cas. Res.), which held that fraud was confined to deception as to the sexual nature of the act or as to the identity of the male sexual partner. In the post-*Charter* era, a return to a broader view of fraud vitiating consent is appropriate.

[26] The first recorded cases to look at the problem before us took a generous approach to consent to sexual intercourse — one that accepted that sexual partners (always women in those days) were entitled to refuse sexual intercourse and should not be tricked into it by deceit. The courts adopted a flexible approach to "fraud" vitiating consent to sexual relations. Without attempting to define the term, they showed themselves willing to extend the term to fundamental aspects of sexual intercourse.

[27] For example, in *R. v. Flattery* (1877), 13 Cox C.C. 388 (C.C.A.), a conviction of rape was upheld for a man operating a booth at a fair who had obtained sex from a girl of 19 on the pretext of medical treatment. It was held that the victim's consent to physical contact with the accused was vitiated by his fraud, because she had only consented to a surgical operation, and not to a sexual act.

[28] Similarly, early common law cases accepted that impersonation of the spouse — falsely pretending to be the victim's husband — could constitute

b) *L'évolution de la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles dans la common law et dans la loi*

[25] On relève trois périodes dans l'histoire de la common law en ce qui a trait à la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles. Dans un premier temps, les tribunaux ont estimé que l'omission d'une personne de révéler à un partenaire qu'elle était atteinte d'une grave maladie transmissible sexuellement pouvait constituer une telle fraude, et la personne fautive pouvait être reconnue coupable de viol ou de voies de fait. Dans la décision *The Queen c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23 (Cr. Cas. Res.), le tribunal a mis fin à ce courant et statué qu'il ne pouvait y avoir fraude qu'en cas de tromperie sur la nature sexuelle de l'acte ou sur l'identité du partenaire masculin. Après maintes années d'application de la *Charte*, le retour à une conception plus large de la fraude viciant le consentement s'impose.

[26] Les premières décisions rendues sur la question dont nous sommes aujourd'hui saisis résultent d'une interprétation extensive de la notion de consentement aux rapports sexuels, à savoir qu'un partenaire sexuel (toujours une femme à l'époque) était en droit de refuser un rapport sexuel et que son consentement ne devait pas être obtenu par la tromperie. Les tribunaux privilégiaient alors une interprétation souple de la « fraude » viciant le consentement aux relations sexuelles. Sans tenter de la définir, ils se montraient disposés à ce que la notion englobe les éléments fondamentaux du rapport sexuel.

[27] Par exemple, dans *R. c. Flattery* (1877), 13 Cox C.C. 388 (C.C.A.), une déclaration de culpabilité de viol a été confirmée dans le cas d'un exploitant de kiosque qui, lors d'une foire, avait eu des rapports sexuels avec une jeune femme de 19 ans en prétendant qu'il s'agissait d'un traitement médical. La cour a statué que le consentement de la victime au contact physique avec l'accusé avait été vicié par la fraude, la victime n'ayant consenti qu'à une intervention chirurgicale, et non à un acte sexuel.

[28] De même, il appert des premières décisions fondées sur la common law que l'usurpation de l'identité de l'époux — prétendre faussement être le

fraud vitiating consent. In *R. v. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579 (Cr. Cas. Res. Ir.), O'Brien J. left no doubt on this issue:

> That brings us back to the question which in law is the crime of rape. The crime is the invasion of a woman's person without her consent, and I see no real difference between the want of consent and the act being against her will, which is the language of the indictment, though the distinction is taken by Lord Campbell, or between the negation of consent and positive dissent. Whether the act of consent be the result of overpowering force, or of fear, or of incapacity, or of natural condition, or of deception, it is still want of consent, and the consent must be, not consent to the act, but to the act of the particular person — not in the abstract, but in the concrete . . . . [p. 598]

[29] In *R. v. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925 (West. Cir.), similar reasoning was applied to hold that concealment of venereal disease amounted to fraud vitiating consent:

> An assault is within the rule that fraud vitiates consent, and therefore, if the prisoner, knowing that he had a foul disease, induced his niece to sleep with him, intending to possess her, and infected her, she being ignorant of his condition, any consent, which she may have given, would be vitiated, and the prisoner would be guilty of an indecent assault. [p. 925]

[30] Again in *R. v. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28, the Central Criminal Court found fraud vitiating consent for non-disclosure of gonorrhœa, stating that if the complainant "would not have consented if she had known the fact, then her consent is vitiated by the deceit practised upon her, and the prisoner would be guilty of an assault" (p. 29).

[31] These cases evinced a generous approach to the issue of consent and when deceit might vitiate it, an approach that respected the right of the women involved to choose whether to have intercourse or not. However, this jurisprudence was shortly to be set aside, in a series of cases which culminated in *Clarence*. To read these cases is to

mari de la victime — pouvait constituer une fraude viciant le consentement. Dans *R. c. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579 (Cr. Cas. Res. Ir.), le juge O'Brien ne laisse subsister aucun doute sur ce point :

> [TRADUCTION] Cela nous ramène à la question de ce en quoi consiste légalement le crime de viol. C'est l'atteinte à l'intégrité physique d'une femme sans son consentement, et je ne vois aucune différence réelle entre l'acte commis sans son consentement et celui commis contre sa volonté, celui-ci correspondant à la formulation de l'acte d'accusation, bien que lord Campbell fasse cette distinction, ou encore entre le refus du consentement et l'opposition. Le consentement obtenu par le recours à la force ou à la tromperie, ou qui résulte de la crainte, de l'incapacité ou d'un état naturel n'en est pas un. Le consentement doit viser non pas l'acte, mais l'acte avec la personne en cause — non dans l'abstrait, mais dans la réalité . . . [p. 598]

[29] Dans *R. c. Bennett* (1866), 4 F. & F. 1105, 176 E.R. 925 (West. Cir.), on a eu recours à un raisonnement semblable pour conclure que la dissimulation d'une maladie vénérienne équivalait à une fraude viciant le consentement :

> [TRADUCTION] Les voies de fait sont visées par la règle selon laquelle la fraude vicie le consentement, et par conséquent, si l'accusé, qui savait qu'il avait cette maladie honteuse, a incité sa nièce à coucher avec lui dans le but de la posséder, et l'a infectée alors qu'elle ignorait son état, tout consentement qu'elle peut avoir donné sera vicié, et l'accusé sera coupable d'attentat à la pudeur. [p. 925]

[30] Également, dans *R. c. Sinclair* (1867), 13 Cox C.C. 28, la Central Criminal Court conclut à la fraude viciant le consentement dans une affaire où l'accusé avait omis de révéler qu'il avait la gonorrhée. Elle statue que dans le cas où la plaignante [TRADUCTION] « n'aurait pas donné son consentement si elle avait connu ce fait, son consentement est vicié par la tromperie dont elle a été victime, et l'accusé sera déclaré coupable de voies de fait » (p. 29).

[31] Ces décisions se caractérisaient par une interprétation généreuse du consentement et des circonstances où la tromperie pouvait le vicier, une interprétation qui reconnaissait aux femmes en cause le droit de décider d'avoir ou non des rapports sexuels. Toutefois, elles ont rapidement été écartées par une série de jugements qui ont débouché sur

enter a world foreign to modern sensitivities — the world of Victorian morality.

[32] The case that announced the change was *Hegarty v. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 124 (H.C.J. Ir. (Q.B.D.)), a civil case involving an action for assault. Mr. Shine, the master of the house, had sexual relations with his domestic servant over a period of two years. She became pregnant and had a child. Both she and the child were infected with syphilis. The court dismissed the action against Mr. Shine on the basis of *ex turpi causa non oritur actio* — the plaintiff was the victim of her own immoral act, which the law could not condone. On the matter of fraud, the majority stated that the doctrine of fraud was confined to *mistake as to whether the act was sexual or not*: "In the case before us the defendant actively consented to the very thing, that is to say, sexual intercourse, with full knowledge and experience of the nature of the act" (p. 130). The appeal court ((1878), 14 Cox C.C. 145) confirmed that only deceit as to the nature of the act could vitiate consent. The court emphasized the pitiable condition of the victim, but concluded the law could not assist her.

[33] The point of no return for the earlier, more open view of fraud was reached in *Clarence*. That case confirmed that fraud could vitiate consent to sexual relations only if the complainant was deceived as to the *sexual nature* of the act or as to the identity of the man. The facts were simple. The couple were married. The husband did not tell his wife he had gonorrhœa and infected her. The husband was charged with assault and unlawful infliction of bodily harm.

[34] The fact that 13 judges sat suggests the case was viewed as important. The court divided nine to four, and the husband was acquitted. The majority held that fraud in the context of sexual relations had been interpreted too broadly by the earlier cases, and that it was necessary to limit its application to situations where the complainant was deceived as

la décision *Clarence*. La lecture des motifs rendus dans ces affaires nous fait plonger dans un univers étranger à notre sensibilité actuelle, celui de la moralité victorienne.

[32] La décision qui amorce le changement de cap est *Hegarty c. Shine* (1878), 14 Cox C.C. 124 (H.C.J. Ir. (Q.B.D.)), une instance engagée au civil pour voies de fait. Le maître des lieux, M. Shine, avait eu des relations sexuelles avec sa domestique pendant deux ans. Celle-ci était devenue enceinte, puis avait donné naissance à un enfant. La mère et l'enfant avaient contracté la syphilis. La cour rejette l'action contre M. Shine sur le fondement de la règle *ex turpi causa non oritur actio*, la demanderesse étant victime de sa propre immoralité, que la loi ne pouvait approuver. Au sujet de la fraude, les juges majoritaires opinent que cette notion ne s'applique qu'à l'*erreur quant à la nature sexuelle de l'acte* : [TRADUCTION] « dans la présente affaire, la défenderesse a activement consenti à la chose même, c'est-à-dire aux rapports sexuels, en ayant pleinement connaissance et conscience de la nature de l'acte » (p. 130). La Cour d'appel ((1878), 14 Cox C.C. 145) confirme que seule la tromperie sur la nature de l'acte peut vicier le consentement. Elle déplore le triste sort fait à la victime, mais conclut que la loi n'y peut rien.

[33] La décision *Clarence* marque la rupture définitive avec l'interprétation antérieure — plus extensive — de la fraude. Elle confirme que la fraude ne peut vicier le consentement aux relations sexuelles que si la plaignante est trompée quant à la *nature sexuelle* de l'acte ou à l'identité de l'homme. Dans cette affaire, les faits étaient simples et il s'agissait d'un couple marié. Le mari n'avait pas dit à sa femme qu'il avait la gonorrhée et il la lui avait transmise. Il a été accusé de voies de fait et d'infliction illicite de lésions corporelles.

[34] Le fait que 13 juges ont entendu l'affaire montre l'importance accordée à celle-ci. Ils statuent à raison de neuf contre quatre en faveur de l'acquittement du mari. Les juges majoritaires estiment qu'on a jusqu'alors interprété trop largement la notion de fraude dans le contexte de relations sexuelles, et qu'il faut en limiter l'application aux

to the sexual nature of the act or as to the identity of the man. This produced a rule that was to prevail for almost a 100 years that fraud could not vitiate consent to sexual intercourse unless it went to the "sexual nature of the act" or to the identity of the sexual partner.

[35] The opinion of Stephen J. encapsulates the view of the majority in *Clarence*. Stephen J. found that the offence of unlawful infliction of bodily harm could not apply to the case. While the act posed by the husband was indeed unlawful — infecting one's wife was forbidden by the law relating to marriage since it constituted cruelty and could be evidence of adultery —, it could not be said that it constituted infliction of bodily harm. Indeed, the words "infliction of bodily harm" were construed as requiring a physical assault. Stephen J. found that infecting a person with a disease did not constitute such an assault.

[36] Stephen J. went on to consider the question of obtaining sexual relations by fraud. He expressed the view that the only fraud capable of vitiating consent to sexual relations was fraud as to the nature of the act of intercourse, or as to the identity of the sexual partner. If the victim knew the act was sexual, and was not deceived as to the identity of her partner, she could not complain that she had been deceived and her "consent" fraudulently obtained. Stephen J. commented briefly that neither *Bennett* nor *Sinclair* could be relied upon as precedent.

[37] The reasons of Pollock B., also in the majority, added that sexual acts done by a husband to his wife cannot be unlawful (pp. 63-64). The husband possessed conjugal rights over his wife to which she had consented by marrying him. Once married, the wife had no right to refuse her husband's demands. Since sexual acts between spouses were lawful, Pollock B. reasoned, all such acts done by a husband — including those characterized by cruelty — must be lawful.

situations où la plaignante a été trompée sur la nature sexuelle de l'acte ou sur l'identité de l'homme. Dès lors s'est appliquée pendant près de 100 ans la règle selon laquelle la fraude ne vicie le consentement aux rapports sexuels que si elle a trait à la « nature sexuelle de l'acte » ou à l'identité du partenaire sexuel.

[35] L'opinion du juge Stephen résume le point de vue des juges majoritaires dans *Clarence*. Il conclut que l'infraction d'infliction illicite de lésions corporelles ne pouvait avoir été perpétrée en l'espèce. Le mari avait certes agi illicitement — infecter son épouse étant cruel et susceptible de prouver l'adultère, les dispositions sur le mariage l'interdisaient —, mais on ne pouvait affirmer qu'il avait infligé des lésions corporelles graves. En effet, on considérait que l'[TRADUCTION] « infliction de lésions corporelles graves » devait comporter une agression physique. Le juge Stephen arrive à la conclusion que communiquer une maladie à autrui n'équivaut pas à l'agresser physiquement.

[36] Le juge Stephen examine ensuite la question de l'obtention de relations sexuelles par la fraude. Il estime que la seule fraude susceptible de vicier le consentement aux rapports sexuels est celle touchant à la nature des rapports ou à l'identité du partenaire sexuel. La victime qui savait que l'acte était sexuel et qui n'a pas été trompée sur l'identité de son partenaire ne peut prétendre avoir été trompée ni soutenir que son « consentement » a été obtenu frauduleusement. Le juge Stephen ajoute brièvement que ni *Bennett* ni *Sinclair* ne s'appliquent.

[37] Le baron Pollock, également de la majorité, ajoute dans ses motifs que l'activité sexuelle d'un mari avec sa femme ne saurait être illicite (p. 63-64). Le mari possède des droits conjugaux sur sa femme, ce à quoi cette dernière a consenti en l'épousant. Une fois mariée, l'épouse ne peut se soustraire aux exigences de son mari. Suivant le raisonnement du baron Pollock, comme les actes sexuels entre époux sont licites, ceux accomplis par le mari, même lorsqu'ils revêtent un caractère cruel, doivent être tenus pour licites.

[38] The *Clarence* test was accepted throughout the common law world and prevailed until recent times. The strictness with which it was applied is illustrated by a 1957 decision of the Australian High Court, *Papadimitropoulos v. The Queen* (1957), 98 C.L.R. 249. The accused had induced the complainant to have sexual intercourse by duping her into believing that they were legally married. He was acquitted of the charge of rape. The court summed up the law as follows:

> To say that in having intercourse with him she supposed that she was concerned in a perfectly moral act is not to say that the intercourse was without her consent. To return to the central point; rape is carnal knowledge of a woman without her consent: carnal knowledge is the physical fact of penetration; it is the consent to that which is in question; such a consent demands a perception as to what is about to take place, as to the identity of the man and the character of what he is doing. But once the consent is comprehending and actual the inducing causes cannot destroy its reality and leave the man guilty of rape. [Emphasis added; p. 261.]

[39] The views of the majority in *Clarence* were reflected in the first Canadian *Criminal Code* in 1892 (S.C. 1892, c. 29). Parliament defined fraud for purposes of rape and indecent assault narrowly, by restricting it to "false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act": ss. 259(*b*) and 266. The *Code* thus incorporated the concerns of the majority in *Clarence*. The deceitful act was limited to "false and fraudulent representations" by opposition to simple concealment, and the subject of the fraud was limited to the "nature and quality of the act". As a consequence, Canadian courts accepted *Clarence* as settled law and continued to hold that only active fraud as to the nature of the act, i.e. fraud as to its sexual character, or as to the identity of one's sexual partner constituted fraud vitiating consent to sexual intercourse: see, e.g., *R. v. Harms* (1943), 81 C.C.C. 4 (Sask. C.A.); *Bolduc v. The Queen*, [1967] S.C.R. 677.

[38] Le critère de l'arrêt *Clarence* a été reconnu dans tous les ressorts de common law et s'est appliqué jusqu'à une époque récente. Une décision de 1957 de la Haute Cour d'Australie, *Papadimitropoulos c. The Queen* (1957), 98 C.L.R. 249, illustre la rigueur de son application. L'accusé avait incité la plaignante à avoir des rapports sexuels avec lui en lui faisant croire qu'ils étaient légalement mariés. Il a été acquitté de l'accusation de viol. La cour résume ainsi la règle :

> [TRADUCTION] L'affirmation selon laquelle elle a supposé qu'il était parfaitement moral d'avoir des relations sexuelles avec lui ne revient pas à dire qu'il n'y a pas eu consentement. Pour revenir au point central, le viol consiste dans l'union charnelle avec une femme sans son consentement. L'union charnelle s'entend de l'acte physique de la pénétration. C'est le consentement à cet acte qui est requis. Un tel consentement exige la connaissance de ce qui est sur le point de se produire, de l'identité de l'homme et de la nature de ce qu'il fait. Mais dès lors que la personne consent véritablement et en toute connaissance, ce qui l'y a incité ne peut annuler la réalité du consentement et rendre l'homme coupable de viol. [Je souligne; p. 261.]

[39] Les opinions exprimées par les juges majoritaires dans *Clarence* ont trouvé écho dans le premier *Code criminel* canadien en 1892 (S.C. 1892, ch. 29). Le législateur a défini strictement la fraude en matière de viol et d'attentat à la pudeur de manière qu'elle ne s'entende que des « fausses et frauduleuses représentations à l'égard de la nature et du caractère de l'acte » : al. 259*b*) et art. 266. Le législateur donnait ainsi suite aux préoccupations des juges majoritaires dans *Clarence*. Il n'y avait tromperie qu'en présence de « fausses et frauduleuses représentations » par opposition à la seule dissimulation, et l'objet de la fraude se limitait à la « nature et [au] caractère de l'acte ». En conséquence, les tribunaux canadiens ont considéré que la décision *Clarence* établissait le droit applicable et ils ont continué de considérer que seule la fraude active quant à la nature de l'acte (son caractère sexuel) ou à l'identité du partenaire sexuel constituait une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles : voir, p. ex., *R. c. Harms* (1943), 81 C.C.C. 4 (C.A. Sask.); *Bolduc c. The Queen*, [1967] R.C.S. 677.

[40] In 1983, Parliament amended the *Criminal Code* to create the present s. 265(3)(*c*): S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19. This amendment was part of a major overhaul of the law of sexual offences which aimed, *inter alia*, at protecting the integrity of the person and eliminating sexual discrimination in the criminal law. The new provision referred simply to "fraud", dropping the qualifying phrases "false and fraudulent representations" and "nature and quality of the act". Arguably, this change evidenced Parliament's intent that "fraud" should be read more broadly than it had been in the past. However, courts continued to apply a restrictive interpretation to the term: see *R. v. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 (B.C.C.A.); *R. v. Lee* (1991), 3 O.R. (3d) 726 (Gen. Div.); *R. v. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).

[41] Occasionally, a more generous approach surfaced as to when fraud could vitiate consent to sexual relations. For instance, American caselaw was more inclined to convict the accused of assault or rape on facts similar to those in *Clarence*: *State v. Marcks*, 41 S.W. 973 (Miss. 1897), at p. 973, and 43 S.W. 1095 (1898), at pp. 1097-98; *State v. Lankford*, 102 A. 63 (Del. Ct. Gen. Sess. 1917), at p. 64; *United States v. Johnson*, 27 M.J. 798 (A.F.C.M.R. 1988), at p. 804; *United States v. Dumford*, 28 M.J. 836 (A.F.C.M.R. 1989), at p. 839. And in Canada, in *R. v. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145 (C.A.), Hartt J. (*ad hoc*) held that "the words 'nature and quality of the act' . . . should not be so narrowly construed as to include only the physical action but rather must be interpreted to encompass those concomitant circumstances which give meaning to the particular physical activity in question" (p. 153). But these were minority voices.

[42] There are not many cases on the books, to be sure. One understands why when one considers the practical implications of the *Clarence* test. The cases where a woman consents to sex but thinks it is *not* sex or that it is sex with a different man are necessarily rare. Submitting to a medical examination

[40] En 1983, le législateur a modifié le *Code criminel* pour créer l'actuel al. 265(3)*c*) : S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19. La mesure s'inscrivait dans une réforme en profondeur du régime applicable aux infractions sexuelles en vue, notamment, de protéger l'intégrité de la personne et de purger le droit criminel de toute discrimination sexuelle. La nouvelle disposition renvoyait seulement à la « fraude », laissant tomber les éléments « fausses et frauduleuses représentations » et « la nature et [le] caractère de l'acte » qui en limitaient la portée. On pouvait certes y voir l'intention du législateur d'élargir la notion de « fraude », mais les tribunaux ont continué à interpréter cette notion restrictivement : voir *R. c. Petrozzi* (1987), 35 C.C.C. (3d) 528 (C.A.C.-B.); *R. c. Lee* (1991), 3 O.R. (3d) 726 (Div. gén.); *R. c. Ssenyonga* (1993), 81 C.C.C. (3d) 257 (C. de l'Ont. (Div. gén.)).

[41] À l'occasion, les tribunaux ont adopté une approche plus généreuse à l'égard des circonstances dans lesquelles la fraude pouvait vicier le consentement aux relations sexuelles. Par exemple, les tribunaux américains se sont montrés plus enclins à déclarer l'accusé coupable de voies de fait ou de viol dans des circonstances semblables à celles de l'affaire *Clarence* : *State c. Marcks*, 41 S.W. 973 (Miss. 1897), p. 973, et 43 S.W. 1095 (1898), p. 1097-1098; *State c. Lankford*, 102 A. 63 (Del. Ct. Gen. Sess. 1917), p. 64; *United States c. Johnson*, 27 M.J. 798 (A.F.C.M.R. 1988), p. 804; *United States c. Dumford*, 28 M.J. 836 (A.F.C.M.R. 1989), p. 839. Au Canada, dans l'arrêt *R. c. Maurantonio*, [1968] 1 O.R. 145 (C.A.), le juge Hartt (*ad hoc*) conclut que [TRADUCTION] « les mots "la nature et [le] caractère de l'acte" [. . .] ne doivent pas être interprétés strictement et ne viser que l'acte concret accompli, mais doivent plutôt être interprétés comme englobant les circonstances concomitantes qui donnent un sens à cet acte » (p. 153). Ce courant était cependant minoritaire.

[42] Les affaires recensées ne sont évidemment pas nombreuses, ce qui s'explique par la portée concrète du critère énoncé dans la décision *Clarence*. Il est évidemment rare qu'une femme consente à des relations sexuelles tout en pensant qu'il ne s'agit *pas* de relations sexuelles ou qu'un homme différent est

only to discover it is a sexual encounter might be such a case; the complainant does not consent to the sexual act but to a medical procedure. Under *Clarence* and its progeny, if the woman consented to the sexual act with the given man, no matter what the deceit, the man could not be convicted for his act. It is not surprising that the legal lexicon contains few cases dealing with fraud vitiating consent. The stark fact was that in all but rare cases fraud could not vitiate consent.

[43] Canadian common law on fraud vitiating consent to sexual relations has now entered a third, post-*Clarence* era. *Charter* values of equality, autonomy, liberty, privacy and human dignity require full recognition of the right to consent or to withhold consent to sexual relations. Fraud under s. 265(3)(*c*) must be interpreted with these values in mind. The *Clarence* line of jurisprudence, which confined fraud to the question of whether the complainant knew the act was sexual or not, is no longer appropriate in the Canadian context. To hold that a complainant consents to the risk of an undisclosed serious disease because he or she knew the act was sexual affronts contemporary sensibilities and contemporary constitutional values.

(c) *Charter Values*

[44] Courts must interpret legislation harmoniously with the constitutional norms enshrined in the *Charter*: *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 33; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 35. *Charter* values are always relevant to the interpretation of a disputed provision of the *Criminal Code*.

[45] The *Charter* values of equality, autonomy, liberty, privacy and human dignity are particularly relevant to the interpretation of fraud vitiating

en cause. La personne qui se soumet à un examen médical pour finalement s'apercevoir qu'il s'agit plutôt d'un acte sexuel pourrait alléguer la fraude, car elle consent à un acte non pas sexuel, mais médical. Suivant la décision *Clarence* et celles rendues dans sa foulée, lorsque la femme a consenti à l'acte sexuel avec l'homme en cause, peu importe qu'il y ait eu tromperie, l'homme ne peut pas être déclaré coupable d'un crime relativement à cet acte. Il n'est pas surprenant que les répertoires juridiques recensent peu de cas de fraude viciant le consentement. Le fait est que la fraude pouvait rarement vicier le consentement.

[43] La common law canadienne en matière de fraude viciant le consentement aux rapports sexuels est maintenant entrée dans une troisième phase et a rompu avec la règle établie dans *Clarence*. Les valeurs d'égalité, d'autonomie, de liberté, de droit à la vie privée et de dignité humaine que consacre la *Charte* commandent la pleine reconnaissance du droit de donner ou de refuser son consentement à des relations sexuelles. C'est en ayant ces valeurs à l'esprit qu'il faut interpréter la notion de fraude visée à l'al. 265(3)*c*). Le courant jurisprudentiel issu de la décision *Clarence*, qui réduisait la fraude à la question de la connaissance ou de l'ignorance du caractère sexuel de l'acte, n'a plus sa place dans la société canadienne. Conclure que la plaignante consent au risque de contracter une maladie grave non révélée parce qu'elle sait que l'acte est sexuel heurte notre sensibilité moderne et les valeurs constitutionnelles actuelles.

c) *Les valeurs consacrées par la Charte*

[44] Les tribunaux doivent interpréter les lois en harmonie avec les normes constitutionnalisées par la *Charte* : *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 33; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 35. Les valeurs consacrées par la *Charte* ont toujours leur place dans l'interprétation d'une disposition contestée du *Code criminel*.

[45] Les valeurs constitutionnelles d'égalité, d'autonomie, de liberté, de droit à la vie privée et de dignité humaine revêtent une importance

consent to sexual relations. The formerly narrow view of consent has been replaced by a view that respects each sexual partner as an autonomous, equal and free person. Our modern understanding of sexual assault is based on the preservation of the right to refuse sexual intercourse: sexual assault is wrong because it denies the victim's dignity as a human being. Fraud in s. 265(3)(*c*) of the *Criminal Code* must be interpreted in light of these values.

[46] As we have already seen, prior to the adoption of the *Charter* in 1982 and the reform of sexual offences in 1983, courts took a restrictive view of how lack of consent to sexual relations could be established and how consent could be negated by fraud. Rules of evidence and procedure, like the ancient rule that non-consent must be supported by evidence of a "hue and cry" in the neighbourhood immediately after the alleged sexual assault, or the willingness of judges to infer consent from dress or prior sexual experience, systemically biased the trial process in favour of finding consent. In like fashion, the jurisprudence, post-*Clarence*, took a narrow view of fraud capable of vitiating consent, holding that it went only to the sexual nature of the act, and that it did not apply to married women, who were bound to submit to their husbands in all circumstances.

[47] Post-*Charter* Canadian law has repudiated this crabbed view of consent and fraud. Amendments to the *Criminal Code* have removed the evidentiary burdens and presumptions that once made proof of lack of consent difficult. Courts have held that judges may not infer consent from the way the complainant was dressed or the fact that she may have flirted: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330. And in 1998, *Cuerrier* signaled a return to a generous interpretation of fraud capable of vitiating consent.

particulière lorsqu'il s'agit de définir la fraude qui vicie le consentement aux relations sexuelles. L'ancienne conception étroite du consentement a été remplacée par une nouvelle selon laquelle chacun des partenaires sexuels est une personne autonome, égale et libre. De nos jours, la répression de l'agression sexuelle vise à protéger le droit de refuser un rapport sexuel : l'agression sexuelle est répréhensible en ce qu'elle nie la dignité de la victime en tant qu'être humain. C'est en fonction de ces valeurs qu'il faut interpréter la fraude visée à l'al. 265(3)*c*) du *Code criminel*.

[46] Nous avons vu qu'avant l'adoption de la *Charte* en 1982 et la réforme du régime applicable aux infractions sexuelles en 1983, les tribunaux se montraient réticents à conclure à l'absence de consentement à des relations sexuelles et à l'annulation de ce consentement par la fraude. Les règles de preuve et de procédure (telle l'ancienne règle voulant que le non-consentement doive être étayé par la preuve d'un appel à l'aide lancé au voisinage immédiatement après l'agression sexuelle alléguée) ou l'empressement des juges à inférer le consentement de l'habillement ou de l'activité sexuelle antérieure ont fait en sorte que les tribunaux concluent systématiquement à l'existence du consentement. Dans la même veine, la jurisprudence postérieure à la décision *Clarence* interprète elle aussi restrictivement la notion de fraude susceptible de vicier le consentement, estimant que celle-ci n'intéresse que la nature sexuelle de l'acte et que la femme mariée ne peut l'invoquer car elle doit être soumise à son mari en toutes circonstances.

[47] Après l'adoption de la *Charte*, le droit canadien a banni cette conception étriquée du consentement et de la fraude. Des modifications apportées au *Code criminel* ont supprimé les fardeaux de preuve et les présomptions qui rendaient jusqu'alors difficile la preuve de l'absence de consentement. Les tribunaux ont statué qu'on ne pouvait inférer le consentement de la manière dont était habillée la plaignante ni du fait qu'elle avait pu flirter : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330. Puis, en 1998, l'arrêt *Cuerrier* a marqué le retour à une interprétation généreuse de la fraude susceptible de vicier le consentement.

[48] In keeping with the *Charter* values of equality and autonomy, we now see sexual assault not only as a crime associated with emotional and physical harm to the victim, but as the wrongful exploitation of another human being. To engage in sexual acts without the consent of another person is to treat him or her as an object and negate his or her human dignity. Although the *Charter* is not directly engaged, the values that animate it must be taken into account in interpreting s. 265(3)(*c*) of the *Criminal Code*.

(d) *The Experience of Other Common Law Jurisdictions*

[49] The parties and a number of interveners have relied on the approach of foreign legal systems to support their positions.

[50] A survey of comparative law shows that common law jurisdictions criminalize the *actual sexual transmission* of HIV, when the HIV-positive person is aware of his or her serologic status and when the partner does not give informed consent to the risk of infection. Several jurisdictions treat transmission of HIV following non-disclosure as offences involving bodily harm, rather than as sexual offences. Such transmission has been prosecuted on the following legal grounds: in England, for reckless infliction of bodily injury, under s. 20 of *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., c. 100; in the Australian state of Victoria, for "[c]onduct endangering life" (s. 22 of the *Crimes Act 1958* (Vic.)); and in New Zealand, for, *inter alia*, "reckless disregard for the safety of others" that "causes grievous bodily harm" (s. 188(2) of the *Crimes Act 1961*, No. 43). See I. Grant, "The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada: Time to Rethink *Cuerrier*" (2011), 5 *M.J.L.H.* 7, at pp. 31-41.

[51] However, deception that exposes a partner to a *risk of transmission* — but that does not ultimately result in transmission — is not criminalized

[48] Dans l'esprit des valeurs d'égalité et d'autonomie que consacre la *Charte*, nous voyons aujourd'hui dans l'agression sexuelle non seulement un crime associé au préjudice émotionnel et physique causé à la victime, mais aussi l'exploitation illicite d'un être humain par un autre. Se livrer à des actes sexuels avec une autre personne sans son consentement c'est la traiter comme un objet et porter atteinte à sa dignité humaine. Même si la *Charte* n'est pas directement en cause, les valeurs qui la sous-tendent doivent être prises en compte pour interpréter l'al. 265(3)*c*) du *Code criminel*.

d) *La situation dans les autres ressorts de common law*

[49] Les parties et certains intervenants fondent leur thèse sur l'approche retenue à l'étranger.

[50] Un examen comparatif révèle que les ressorts de common law criminalisent *la transmission sexuelle effective* du VIH lorsque la personne se sait séropositive et que son partenaire ne consent pas de façon éclairée à s'exposer au risque d'infection. Certains ressorts considèrent la transmission du VIH sans révélation préalable de la séropositivité comme une infraction de voies de fait, et non une infraction de caractère sexuel. La transmission sans révélation préalable a fait l'objet, en Angleterre, de poursuites pour infliction insouciante de lésions corporelles sur le fondement de l'art. 20 de *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., ch. 100, en Australie, dans l'État de Victoria, de poursuites pour [TRADUCTION] « [c]onduite ayant mis en danger la vie d'autrui» (art. 22 de la *Crimes Act 1958* (Vic.)) et, en Nouvelle-Zélande, de poursuites pour, notamment, [TRADUCTION] « indifférence insouciante à l'égard de la sécurité d'autrui [. . .] ayant causé des lésions corporelles graves » (par. 188(2) de la *Crimes Act 1961*, No. 43). Voir I. Grant, « The Prosecution of Non-disclosure of HIV in Canada : Time to Rethink *Cuerrier* » (2011), 5 *R.D.S.M.* 7, p. 31-41.

[51] Cependant, de nombreux pays ne criminalisent pas la tromperie qui expose le partenaire à un *risque de transmission*, sans toutefois entraîner

in many jurisdictions. In England, exposing one's partner to HIV without advising of HIV status does not vitiate consent. Fraud vitiates consent only if it goes to "the nature or purpose of the relevant act", which excludes deception as to HIV status: *R. v. B.*, [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567, at para. 12. Theoretically, s. 18 of *The Offences against the Person Act, 1861*, which criminalizes intentional infliction of harm, could be used in England to punish non-disclosure of HIV-positive status as a form of *attempted* intentional infliction of harm. However, the high evidentiary burden "of proving that someone actually intended to transmit HIV through sex (as opposed to intending to have unprotected sex)" places a prohibitive onus on the Crown (Grant, at p. 32).

[52] In Australia, six of the nine jurisdictions do not criminalize exposure absent transmission. Of the three jurisdictions that criminalize exposure to a risk of transmission (*Crimes Act 1958* (Vic.), ss. 22 and 23; *Criminal Law Consolidation Act 1935* (S.A.), s. 29; *Criminal Code Act* (N.T.), ss. 174C and 174D), two (Victoria and the Northern Territory) apply lesser criminal offences for cases where no actual transmission resulted from exposure.

[53] In New Zealand, liability hinges, *inter alia*, on whether transmission occurs. Absent transmission, the failure to disclose HIV-positive status prior to sexual relations attracts the lesser offence of criminal nuisance (s. 145 of the *Crimes Act 1961*; *R. v. Mwai*, [1995] 3 N.Z.L.R. 149 (C.A.)).

[54] Professor Grant summarizes the contrast between the Canadian approach and the approach taken by England, Australia and New Zealand as follows:

> In Canada, the same charge of aggravated (sexual) assault is typically used regardless of the nature of the deception, whether the virus is transmitted, or whether there is an isolated incident of non-disclosure or an ongoing course of non-disclosure. . . . In all other

la transmission effective du VIH. En Angleterre, le fait d'exposer son partenaire au VIH sans lui révéler sa séropositivité ne vicie pas le consentement. La fraude ne vicie le consentement que si elle touche [TRADUCTION] « à la nature ou à l'objet de l'acte », ce qui exclut la tromperie quant à la séropositivité : *R. c. B.*, [2006] EWCA Crim 2945, [2007] 1 W.L.R. 1567, par. 12. Théoriquement, en Angleterre, le poursuivant peut, lorsque la séropositivité n'a pas été dévoilée, invoquer l'art. 18 de *The Offences against the Person Act, 1861*, qui criminalise l'infliction délibérée d'un préjudice, et soutenir qu'il y a eu *tentative* d'infliction délibérée d'un préjudice. Cependant, la grande difficulté [TRADUCTION] « de prouver que l'intention de la personne était de transmettre sexuellement le VIH (et non seulement d'avoir une relation sexuelle non protégée) » est de nature à dissuader le poursuivant (Grant, p. 32).

[52] En Australie, six des neuf ressorts ne criminalisent pas l'exposition lorsqu'il n'y a pas transmission du virus. Parmi les trois États qui la criminalisent (au moyen des dispositions suivantes : *Crimes Act 1958* (Vic.), art. 22 et 23; *Criminal Law Consolidation Act 1935* (S.A.), art. 29; *Criminal Code Act* (N.T.), art. 174C et D), deux (Victoria et le Territoire-du-Nord) prévoient des infractions moindres lorsque aucune transmission ne résulte de l'exposition.

[53] En Nouvelle-Zélande, la responsabilité tient entre autres au fait qu'il y a eu ou non transmission. Lorsque le VIH n'est pas transmis, celui qui a omis de révéler sa séropositivité avant un rapport sexuel fait l'objet de l'infraction moindre de nuisance criminelle (art. 145 de la *Crimes Act 1961*; *R. c. Mwai*, [1995] 3 N.Z.L.R 149 (C.A.)).

[54] La professeure Grant résume comme suit ce qui différencie l'approche canadienne de celle retenue en Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande :

> [TRADUCTION] Au Canada, la même accusation d'agression (sexuelle) grave est généralement portée peu importe la nature de la tromperie, que le virus soit transmis ou non ou que l'omission de révéler constitue un acte isolé ou habituel. [. . .] Dans tous les autres

jurisdictions [canvassed in this study], the offence is characterized as the infliction of bodily harm, and not as non-consensual sexual contact. [p. 42]

[55] In sum, while the experience of other jurisdictions is not conclusive, it sounds a note of caution against extending the criminal law beyond its appropriate reach in this complex and emerging area of the law.

(3) Finding a Solution

[56] We have discussed the need for a clear and appropriately tailored test for fraud vitiating consent in s. 265(3)(*c*) of the *Criminal Code*, in the context of failure to disclose HIV-positive status. With a view to meeting that need, we have canvassed four guides to construing the provision — the proper ambit of the criminal law, the common law and statutory background of the concept of fraud, *Charter* values and the approach to non-disclosure of HIV status adopted in other countries. This brings us to the nub of the question before us — when, precisely, should non-disclosure of HIV status amount to fraud vitiating consent under s. 265(3)(*c*)?

[57] The four interpretational considerations suggest that the *Cuerrier* test is valid from the perspective of principle and impact. The *Cuerrier* test, to recap, requires proof of two elements: (1) a dishonest act; and (2) deprivation. It defines the first element broadly in terms of either misrepresentation or non-disclosure of HIV, and the second element equally broadly in terms of whether the act poses a "significant risk of serious bodily harm".

[58] While it may be difficult to apply, the *Cuerrier* approach is in principle valid. It carves out an appropriate area for the criminal law — one restricted to "significant risk of serious bodily harm". It reflects the *Charter* values of autonomy, liberty and equality, and the evolution of the common law, appropriately excluding the *Clarence* line of authority. The test's approach to consent accepts the wisdom of the common law that not every

ressorts [considérés dans l'étude], l'infraction reprochée est celle d'infliction d'un préjudice corporel, et non celle de contact sexuel sans consentement. [p. 42]

[55] Bien que les solutions retenues dans les autres ressorts de common law ne nous lient pas, elles mettent en garde contre un accroissement indu de la portée du droit criminel dans ce domaine complexe et nouveau du droit.

(3) Recherche d'une solution

[56] Nous avons examiné la nécessité d'un critère clair et adapté qui permette de déterminer l'existence d'une fraude viciant le consentement pour l'application de l'al. 265(3)*c*) du *Code criminel* lorsque la séropositivité n'est pas révélée. Nous avons donc retenu quatre éléments susceptibles de nous guider dans l'interprétation de cette disposition, à savoir la juste portée du droit criminel, l'origine de la notion de fraude en common law et dans la loi, les valeurs consacrées par la *Charte* et l'approche d'autres pays à l'égard de non-révélation de la séropositivité. Dès lors, la question est essentiellement celle de savoir dans quelles circonstances précises l'omission de révéler la séropositivité équivaut à une fraude viciant le consentement pour l'application de l'al. 265(3)*c*).

[57] Il appert des quatre éléments d'interprétation que le critère établi dans l'arrêt *Cuerrier* demeure valable sur le plan des principes et des conséquences. Rappelons que ce critère exige la preuve de deux choses : (1) un acte malhonnête et (2) une privation. De façon générale, la première s'entend de l'information inexacte sur la séropositivité ou de l'omission de révéler celle-ci, et la seconde s'entend de manière tout aussi générale de l'exposition à un « risque important de lésions corporelles graves ».

[58] Bien qu'il puisse être difficile à appliquer, le critère de l'arrêt *Cuerrier* demeure valable sur le plan des principes. Il circonscrit avec justesse la portée du droit criminel — réprimer les actes qui exposent à un « risque important de lésions corporelles graves ». Il respecte les valeurs constitutionnelles d'autonomie, de liberté et d'égalité, et il tient compte de l'évolution de la common law, soit la rupture justifiée avec le courant jurisprudentiel

deception that leads to sexual intercourse should be criminalized, while still according consent meaningful scope. While *Cuerrier* takes the criminal law further than courts in other common law jurisdictions have, it can be argued other courts have not gone far enough: see L. H. Leigh, "Two cases on consent in rape" (2007), 5 *Arch. News* 6.

[59] Some interveners challenge the use of the criminal law in the case of HIV on the ground that it may deter people from seeking treatment or disclosing their condition, thereby increasing the health risk to the carrier and those he has sex with. On the record before us, I cannot accept this argument. The only "evidence" was studies presented by interveners suggesting that criminalization "probably" acts as a deterrent to HIV testing: see, e.g., M. A. Wainberg, "Criminalizing HIV transmission may be a mistake" (2009), 180 *C.M.A.J.* 688. Other studies suggest little difference in reporting rates in states that criminalized and did not criminalize behaviour: S. Burris, et al., "Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial" (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467, at p. 501. The conclusions in these studies are tentative, and the studies were not placed in evidence and not tested by cross-examination. They fail to provide an adequate basis to justify judicial reversal of the accepted place of the criminal law in this domain.

[60] It follows that *Cuerrier* should not be jettisoned. The problems of uncertainty and appropriate reach that have emerged in its application should be addressed, but to the extent possible within the general framework of *Cuerrier*. This brings us to the suggestions for dealing with the problems of uncertainty and overbreadth that have arisen in applying *Cuerrier*.

issu de l'arrêt *Clarence*. La notion de consentement qui le sous-tend s'inspire de la sagesse de la common law (qui s'abstient de criminaliser toute tromperie incitant à consentir à un rapport sexuel) tout en accordant une grande importance au consentement. Il est vrai que, dans l'arrêt *Cuerrier*, la Cour repousse les limites du droit criminel plus loin que n'importe quel tribunal d'un autre ressort de common law. Toutefois, on peut soutenir que ce sont les autres tribunaux qui ne sont pas allés assez loin : voir L. H. Leigh, « Two cases on consent in rape » (2007), 5 *Arch. News* 6.

[59] Certains intervenants s'opposent à ce que la transmission du VIH relève du droit criminel parce que les gens pourraient hésiter à se faire traiter ou à dévoiler leur état, ce qui accroîtrait le risque pour la santé couru par le porteur du virus et les personnes avec lesquelles il a des rapports sexuels. Je ne saurais faire droit à cette thèse à partir du dossier qui nous est présenté. Les seuls « éléments de preuve » présentés par les intervenants à cet égard sont des études selon lesquelles il est « probable » que la criminalisation dissuade les gens de subir un test de dépistage du VIH : voir, notamment, M. A. Wainberg, « Criminalizing HIV transmission may be a mistake » (2009), 180 *J.A.M.C.* 688. Selon d'autres études, les comportements observés dans les États qui ont opté pour la criminalisation diffèrent peu de ceux observés dans les États qui n'ont pas opté pour elle : S. Burris, et al., « Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial » (2007), 39 *Ariz. St. L.J.* 467, p. 501. Il s'agit de conclusions tirées sous toute réserve, et les études n'ont été ni produites en preuve, ni mises à l'épreuve dans le cadre d'un contre-interrogatoire. Elles n'offrent pas l'assise qui nous justifierait de modifier le rôle reconnu au droit criminel dans ce domaine.

[60] Le critère de l'arrêt *Cuerrier* ne devrait donc pas être écarté. Certes, il convient de remédier aux problèmes d'incertitude et de juste portée que soulève son application, mais dans le plus grand respect possible du cadre général établi par l'arrêt *Cuerrier*. Je passe maintenant aux solutions préconisées pour remédier aux problèmes d'incertitude et de portée excessive rencontrés dans l'application du critère de l'arrêt *Cuerrier*.

(a) *The Active Misrepresentation Approach*

[61] It is argued that one way to correct the uncertainty and reach problems in *Cuerrier*'s application is to narrow the concept of dishonest act to active deception — a clear misrepresentation or a lie in response to a clear question.

[62] This approach would go a long way to remedying the problem of uncertainty. A person would know that unless they made a positive misrepresentation or lied in response to a clear question, they would not be committing a crime. And it would also remedy the perceived problem of overbreadth; the narrower definition of fraud would prevent those who may inadvertently or negligently fail to disclose HIV status from being criminalized.

[63] This approach has some support. My concurring reasons in *Cuerrier* defined fraud as arising when "the person represents that he or she is disease-free" (para. 72, Gonthier J. concurring). This "active deception" approach has been viewed favourably by some: see Leigh, at p. 7.

[64] The approach, however, also suffers from difficulties. The first is that it may be difficult to distinguish between active deception and passive deception by non-disclosure. Everything depends on the circumstances. This approach's sensitivity to context blurs the line between criminal and non-criminal conduct. Conversations leading up to sexual acts are not always models of clarity. People tend not to use precise language. Gestures may supplant language. For example, is the shake of the head in response to a partner's question about HIV a positive representation that one does not have HIV? Moreover, there may be circumstances where the partner may reasonably infer absence of disease from prior conversations or circumstances. To be sure, trial judges can untangle complicated fact situations and decide if there has been a positive misrepresentation. But the fact remains that this marker may not fully or fairly capture the

a) *La tromperie active*

[61] L'un des moyens de résoudre les problèmes d'incertitude et de portée liés à l'application de l'arrêt *Cuerrier* consisterait à ramener le concept d'acte malhonnête à celui de tromperie active, à savoir une déclaration nettement trompeuse ou un mensonge en réponse à une question claire.

[62] Cette avenue remédierait en grande partie à l'incertitude. Chacun saurait qu'il ne commet pas de crime s'il ne fait pas de déclaration trompeuse ni ne ment en réponse à une question claire. L'approche apporterait également une solution à la portée apparemment excessive du droit criminel. En effet, la définition plus stricte de la fraude empêcherait de criminaliser la conduite de celui qui, par inadvertance ou par négligence, omet de révéler sa séropositivité.

[63] Cette piste de solution bénéficie d'un certain appui. Selon les motifs concordants que j'ai rédigés dans l'arrêt *Cuerrier*, il y a fraude lorsque « la personne affirme qu'elle n'est pas malade » (par. 72, avec le concours du juge Gonthier). Certains ont accueilli favorablement cette interprétation axée sur la [TRADUCTION] « tromperie active » : voir Leigh, p. 7.

[64] Cependant, cette approche soulève quelques difficultés, la première étant qu'il peut être ardu de distinguer tromperie active et tromperie passive par omission de révéler. Tout dépend des circonstances. La prise en compte du contexte brouille la ligne de démarcation entre l'acte criminel et l'acte non criminel. Les propos échangés avant des ébats sexuels ne sont pas toujours des modèles de clarté. Les gens ne s'expriment généralement pas de manière précise, et les gestes peuvent se substituer aux mots. Par exemple, hocher la tête de gauche à droite en réponse à une question sur la séropositivité constitue-t-il une véritable dénégation de celle-ci? De plus, il peut arriver qu'en raison de propos ou de faits antérieurs, le partenaire ait tout lieu de conclure à l'absence de maladie. Le juge du procès peut assurément démêler des données factuelles complexes et décider s'il y a eu ou non un acte trompeur. Il n'en demeure pas moins que le critère

deception that underlies a particular fraud, and may be a difficult test to apply in practice.

[65] Second, there is arguably no principled distinction between active deception and passive deception. Should the trusting wife who does not ask a direct question as to HIV status of her partner be placed in a worse position than the casual date who does? The point from the complainant's perspective is that in either case she would not have given her consent had the deception not occurred. Fraud is fraud, whether induced by blatant lies or sly deceit.

(b) *The Absolute Disclosure Approach*

[66] The Crown submits that all HIV-positive people should be required to disclose the fact to all sexual partners in all cases. This amounts to removing the "significant risk of serious bodily harm" requirement from the second element of the *Cuerrier* test.

[67] This approach provides a clear test, solving the problem of uncertainty. However, its solution to the problem of breadth is less convincing. This approach arguably casts the net of criminal culpability too widely. People who act responsibly and whose conduct causes no harm and indeed may pose no risk of harm, could find themselves criminalized and imprisoned for lengthy periods. Moreover, this approach seems to expand fraud vitiating consent in s. 265(3)(*c*) further than necessary, by defining it as simple dishonesty and effectively eliminating the deprivation element of fraud. Finally, this absolute approach is arguably unfair and stigmatizing to people with HIV, an already vulnerable group. Provided people so afflicted act responsibly and pose no risk of harm to others, they should not be put to the choice of disclosing their disease or facing criminalization.

pourrait ne pas faire ressortir totalement ou suffisamment la tromperie sous-jacente à une fraude en particulier, de sorte qu'il pourrait se révéler difficile à appliquer en pratique.

[65] La seconde difficulté est mise en relief par l'argument selon lequel il n'existe aucune distinction rationnelle entre la tromperie active et la tromperie passive. Le sort de l'épouse qui fait confiance à son conjoint et qui ne le questionne pas directement sur sa séropositivité devrait-il être pire que celui de la partenaire occasionnelle qui pose directement la question? Le fait est que ni l'une ni l'autre n'aurait donné son consentement n'eût été la tromperie. Une fraude est une fraude, qu'elle soit le fruit d'un mensonge flagrant ou d'une ruse.

b) *L'obligation absolue de révéler*

[66] Le ministère public soutient qu'une personne atteinte du VIH devrait toujours être tenue d'en informer un partenaire sexuel, ce qui reviendrait à écarter l'exigence du « risque important de lésions corporelles graves » correspondant au deuxième volet du critère de l'arrêt *Cuerrier*.

[67] En établissant un critère précis, cette approche remédie à l'incertitude, mais la solution qu'elle apporte au problème de la portée est moins convaincante. On pourrait soutenir qu'elle ratisse trop large en matière de culpabilité criminelle. Une personne qui agit de manière responsable et dont la conduite ne cause pas de préjudice ni n'est susceptible d'en causer pourrait se voir déclarée coupable d'une infraction criminelle et condamnée à une longue peine d'emprisonnement. Qui plus est, l'approche paraît élargir plus qu'il ne faut la notion de fraude viciant le consentement visée à l'al. 265(3)*c*) en l'assimilant à la simple malhonnêteté et en supprimant de fait l'élément de « privation ». Enfin, l'obligation absolue de révéler pourrait être qualifiée d'inéquitable et stigmatiser les personnes atteintes du VIH, qui constituent déjà un groupe vulnérable. Dans la mesure où elles agissent de manière responsable et ne présentent aucun risque de préjudice pour autrui, les personnes séropositives ne devraient pas avoir à choisir entre révéler leur état de santé ou devoir faire face à la justice criminelle.

(c) *A Case-by-Case Fact-based Approach*

[68] The respondent argues that the *Cuerrier* "significant risk of serious bodily harm" test remains a workable test, but seeks to clarify it by emphasizing that it is simply a statement of what the evidence must establish to support a finding of fraud under s. 265(3)(*c*). A "significant risk of serious bodily harm" must be established by medical evidence in each case. The question is whether at the time of the sexual act in question, the particular act posed a significant risk of transmitting HIV. This typically requires the Crown to call expert evidence as to the accused's viral count at the time of the offence as well as risks associated with any condom protection used. The trial judge must be satisfied that the evidence establishes beyond a reasonable doubt that the accused's conduct at the moment of the offence posed a significant risk of serious bodily harm. Any doubt must be resolved in favour of the accused.

[69] While respectful of the rights of accused persons, this approach does not remedy the problems of uncertainty and reach that make *Cuerrier* difficult to apply. The process would be onerous. In every case, medical experts would have to be called. Lengthy examination and cross-examination would have to take place. Trial judges would have to spend long hours assessing the evidence to determine if it establishes a "significant risk of serious bodily harm" at the time of the alleged offence. Finally, the risk of conflicting judgments could render the process unfair from a systemic standpoint. The court of appeal, while accepting the trial judge's conclusions on the evidence, might take a different view on the mixed question of fact and law of whether the risk was "significant". Years may pass in legal no-man's-land with no one knowing whether the accused is guilty or not guilty. Enormous costs, both for the prosecution and the defence, would be run up. This case illustrates all these problems.

c) *La prise en compte des faits de chaque espèce*

[68] L'intimé soutient que l'exigence d'un « risque important de lésions corporelles graves » établie par l'arrêt *Cuerrier* demeure valable. Il croit toutefois qu'il faut la clarifier en précisant qu'elle ne fait qu'énoncer ce qui doit être prouvé pour que le tribunal conclue à l'existence d'une fraude aux fins de l'application de l'al. 265(3)*c*). Dans tous les cas, le « risque important de lésions corporelles graves » doit faire l'objet d'une preuve médicale. Il s'agit de déterminer si, au moment de la relation sexuelle en cause, celle-ci présentait un risque important de transmission du VIH. À cette fin, le ministère public fait habituellement témoigner un expert sur la charge virale de l'accusé au moment de l'infraction, de même que sur les risques liés à la forme de protection par condom utilisée en l'espèce. Le juge du procès doit être convaincu que la preuve établit hors de tout doute raisonnable que la conduite de l'accusé, au moment de l'infraction, présentait un risque important de lésions corporelles graves. Tout doute joue en faveur de l'accusé.

[69] Bien qu'elle respecte les droits de l'accusé, cette approche ne résout pas les problèmes d'incertitude et de portée qui rendent le critère de l'arrêt *Cuerrier* difficile d'application. La démarche requise serait onéreuse. Des témoignages d'experts médicaux devraient être présentés dans tous les cas. Il s'ensuivrait de longs interrogatoires et contre-interrogatoires. Le juge du procès devrait consacrer de longues heures à l'appréciation de la preuve en vue de déterminer si elle établit l'existence d'un « risque important de lésions corporelles graves » au moment de l'infraction alléguée. Enfin, le risque que les jugements se contredisent entre eux pourrait compromettre l'équité du système judiciaire. Tout en faisant droit aux conclusions du juge du procès sur la preuve, la cour d'appel pourrait trancher différemment la question mixte de fait et de droit liée au caractère « important » du risque. Un vide juridique pourrait subsister pendant des années avant que l'accusé ne sache s'il est coupable ou non. Il en résulterait des frais considérables tant pour la poursuite que pour la défense. La présente affaire illustre tous ces inconvénients.

(d) *Judicial Notice of the Effect of Condom Use*

[70] To mitigate the uncertainties of the fact-based *Cuerrier* test, the respondent suggests that courts can take judicial notice of the fact that condom use always negates a significant risk of serious bodily harm.

[71] Before a judge can take judicial notice of a fact, the fact must be shown to be so "notorious" or in modern parlance, "accepted", that no reasonable person would dispute it: *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. Yet the record here is replete with debate about whether use of a condom alone negates significant risk of serious bodily harm, and the controversy is exacerbated by the rapidly changing state of the science and by the fact-specific nature of risk. Judicial notice is not available here and cannot form the basis for formulating general propositions relating to the factual issue of risk, in the absence of indisputable consensus.

(e) *Relationship-based Distinctions*

[72] Another way of narrowing the *Cuerrier* "significant risk of serious bodily harm" approach to fraud under s. 265(3)(*c*) is to confine it to special relationships. It has been suggested in the commercial context that failure to disclose may amount to fraud when parties have a relationship of trust, quasi-trust or confidence: B. L. Nightingale, *The Law of Fraud and Related Offences* (loose-leaf). The distinction could conceivably be extended to relationships where one party is vulnerable, like the young often intoxicated women who had sex with Mr. Mabior in this case. This approach assumes that sexual partners who do not ask about STDs bear a risk of exposing themselves to HIV, unless a relationship of trust exists between them.

d) *La connaissance d'office de l'effet de l'utilisation du condom*

[70] Afin de réduire l'incertitude liée au critère de nature factuelle qu'énonce l'arrêt *Cuerrier*, l'intimé propose que les tribunaux prennent connaissance d'office du fait que l'emploi du condom écarte toujours le risque important de lésions corporelles graves.

[71] Pour qu'un juge prenne connaissance d'office d'un fait, il faut démontrer que celui-ci est à ce point « notoire » ou, pour employer un terme plus moderne, « admis », qu'aucune personne raisonnable ne saurait le contester : *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. Or, en l'espèce, les thèses abondent quant à savoir si, à elle seule, l'utilisation du condom écarte ou non le risque important de lésions corporelles graves, et la controverse est exacerbée par l'évolution rapide de la science et le caractère circonstanciel du risque. Il ne saurait y avoir connaissance d'office en l'espèce et, à défaut d'un consensus incontestable, celle-ci ne peut servir de fondement à la formulation d'énoncés généraux sur la question factuelle du risque.

e) *La distinction fondée sur la nature du lien entre les personnes*

[72] Une autre façon de resserrer l'exigence du « risque important de lésions corporelles graves » établie dans l'arrêt *Cuerrier* pour l'interprétation de la fraude visée à l'al. 265(3)*c*) consiste à ne l'appliquer qu'aux relations spéciales. D'aucuns laissent entendre que, dans le contexte commercial, l'omission de révéler une chose peut s'apparenter à la fraude lorsqu'il existe entre les parties une relation fiduciaire, quasi-fiduciaire ou de confiance : B. L. Nightingale, *The Law of Fraud and Related Offences* (feuilles mobiles). Cette distinction pourrait fort bien s'appliquer aux relations où l'une des parties est vulnérable, ce qui était le cas des jeunes femmes, souvent intoxiquées, qui ont eu des relations sexuelles avec M. Mabior dans la présente affaire. Cette approche repose sur le postulat que la personne qui ne demande pas à un partenaire sexuel s'il a une MTS s'expose au risque de contracter le VIH, sauf s'il existe entre eux une relation de confiance.

[73] The law of fraud in commercial situations provides some support for this approach. Originally, the common law and courts of equity did not regard mere silence, standing on its own without some other form of conduct which induced a false belief in another, as being fraudulent: *Twining v. Morrice* (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182; *Conolly v. Parsons* (1797), 3 Ves. 625n (Ch.); *Walters v. Morgan* (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056. However, over time, equity recognized specific circumstances warranting a positive duty to disclose material facts, including a relationship of trust, quasi-trust or confidence.

[74] Against this approach, it can be argued that it narrows "fraud" under s. 265(3)(*c*) too much. Is there a good reason for compelling disclosure to one's wife but not to a casual date? Where the concern is the contraction of a life-altering disease, the answer is no.

[75] Historically, fraud capable of vitiating consent to sexual intercourse has not followed the patterns of commercial fraud. The special context of sexual fraud raises unique concerns. This has generally resulted in a narrower approach to fraud, marked by its own peculiar considerations. The relationship between the parties in a particular case has tended not to figure among them. The closest the law has come to a relationship-based approach are the suggestions in Victorian times that wives and prostitutes — for different reasons relating to the mores of the time — could never assert fraud vitiating consent to sexual intercourse: see *Clarence*. Such ideas strike the modern ear, attuned to equality, as offensive.

(f) *The Reasonable Partner Approach*

[76] Yet another possibility is to define "fraud" under s. 265(3)(*c*) as what a reasonable and informed person in the position of the HIV-positive person's potential partner would expect. The test would be objective, but based on the circumstances

[73] Le droit applicable en matière de fraude commerciale offre un certain appui à cette interprétation. À l'origine, la common law et les tribunaux d'equity estimaient que le seul silence, sans aucune autre forme de comportement qui induisait autrui en erreur, n'était pas frauduleux : *Twining c. Morrice* (1788), 2 Bro. C.C. 326, 29 E.R. 182; *Conolly c. Parsons* (1797), 3 Ves. 625n (Ch.); *Walters c. Morgan* (1861), 3 De G. F. & J. 718, 45 E.R. 1056. Or, au fil du temps, l'equity a reconnu que, dans certaines circonstances précises, l'obligation positive de révéler des faits importants s'imposait, notamment dans le cas d'une relation fiduciaire, quasi-fiduciaire ou de confiance.

[74] On peut toutefois reprocher à cette approche de trop limiter l'application de la « fraude » visée à l'al. 265(3)*c*). Est-il justifié d'obliger le mari à informer son épouse, mais non une partenaire occasionnelle? Lorsqu'il y a risque de contracter une maladie qui bouleverse la vie de sa partenaire sexuelle, la réponse est négative.

[75] Historiquement, la fraude susceptible de vicier le consentement aux relations sexuelles n'a pas connu la même évolution que la fraude commerciale. Vu son contexte particulier, la fraude d'ordre sexuel comporte des enjeux uniques. C'est pourquoi elle a généralement fait l'objet d'une interprétation stricte qui obéit à des considérations qui lui sont propres et dont fait rarement partie le lien existant entre les partenaires dans un cas donné. C'est à l'époque victorienne que l'approche axée sur la nature du lien a le plus imprégné le droit applicable, car on laissait entendre qu'épouses et prostituées — pour différentes raisons liées aux mœurs du temps — ne pouvaient jamais invoquer la fraude viciant le consentement aux relations sexuelles : voir *Clarence*. De telles conceptions heurtent notre société éprise d'égalité, qui les juge choquantes.

f) *La notion de partenaire raisonnable*

[76] Une autre interprétation de la « fraude » visée à l'al. 265(3)*c*) tient aux attentes d'une personne raisonnable et bien informée se trouvant dans la situation du partenaire éventuel d'une personne atteinte du VIH. Le critère serait objectif, mais son

of the particular case, including the type of relationship the parties had.

[77] This approach has the advantage of taking into account the expectations of the parties as they existed on the facts of the case. In this sense, it is fairer than a test that is based on a general norm presumed to apply in all cases. An HIV-positive person may be expected to understand the expectations of his partner in the particular circumstances at hand, and act accordingly.

[78] This approach also recognizes that allocation of responsibility for protecting against transmission of sexual diseases may vary with relationships and with the passage of time. One of the historic difficulties in formulating a test for fraud vitiating consent to sexual relations has been the variation in social norms and expectations over time. In Victorian times, husbands were held to be incapable of committing fraud vitiating consent, since wives had no right to refuse consent to sexual intercourse with their husbands. In more recent times, some argue that expectations have shifted from the view that an infected person bears all the responsibility for the sexual health of both partners, to the view that each party is responsible for his or her own sexual health. A contextually grounded reasonableness approach would avoid these problems by tailoring the result to the relationship from which the criminal charge arises.

[79] Again, however, the approach can be criticized. The most telling criticism is that it does not lay down a clear test for fraud, leaving people uncertain as to where the line lies between criminal conduct and non-criminal conduct. Unless the partners have themselves established the lines, the HIV-positive person is left to infer from the nature of the relationship what his potential partner, acting reasonably, would expect.

[80] This leads to a second criticism — overreach of the criminal law, and its correlative, unfairness to the accused. In the heat and anticipation of the sexual moment, assessments of what a reasonable partner would expect may be mistaken. Is the

application prendrait en considération les circonstances propres à chaque cas, notamment la nature du lien entre les parties.

[77] L'approche est intéressante, car elle tient compte des attentes des parties au vu des faits en cause. Le critère retenu est donc plus juste que celui fondé sur une norme générale censée s'appliquer à tous les cas. Dans les circonstances de l'espèce, la personne atteinte du VIH peut devoir tenir compte des attentes de son partenaire et agir en conséquence.

[78] L'approche reconnaît également que le partage de l'obligation de prévenir la transmission sexuelle d'une maladie peut varier en fonction de la relation et de l'époque en cause. Historiquement, l'une des difficultés inhérentes à la formulation d'un critère qui permette d'établir l'existence d'une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles tient à l'évolution des normes sociales et des attentes. À l'époque victorienne, un mari ne pouvait commettre une fraude viciant le consentement, puisque l'épouse n'avait pas le droit de se refuser à lui. Plus récemment, certains ont fait valoir que les attentes avaient changé, passant de l'obligation faite à la personne infectée de veiller à la santé sexuelle des deux partenaires, à l'obligation de chacune des parties de veiller sur sa propre santé sexuelle. Une approche axée à la fois sur la raisonnabilité et le contexte contournerait ces difficultés en adaptant le résultat à la relation qui est à l'origine de l'accusation criminelle.

[79] Toutefois, l'approche fait elle aussi l'objet de critiques, la plus percutante voulant qu'elle n'établisse pas un critère clair permettant de conclure à la fraude, de sorte qu'on ne peut déterminer avec certitude si un comportement est criminel ou non. À moins que les partenaires n'établissent eux-mêmes les paramètres voulus, la personne séropositive doit inférer de la nature de la relation les attentes d'un « partenaire raisonnable ».

[80] Ce qui appelle une seconde critique — la portée excessive du droit criminel et son corrolaire, l'absence d'équité envers l'accusé. Dans le feu du désir et dans la perspective d'ébats sexuels, on peut aisément se tromper sur les attentes d'un

person then to be criminalized and sent to prison for perhaps years, for what is at its base the result of misjudgment? Such may be the consequence of the reasonable partner expectation test.

(g) *An Evolving Common Law Approach*

[81] This leaves the option of building greater certainty into the *Cuerrier* test by indicating when the significant risk test is met in terms of principle and concrete situations. Such an approach is consistent with the incremental role of common law courts in adapting the contours of an offence to the requirements of justice and practical application.

[82] The question, building on *Cuerrier*, is: when do sexual relations with an HIV-positive person pose a "significant risk of serious bodily harm"? In answering this question, the facts as found by the trial judge should be accepted, absent palpable and overriding error. Whether those facts establish a "significant risk of serious bodily harm" is a question of law: see C.A., at para. 37. The terms "serious bodily harm" mean "any hurt or injury, whether physical or psychological, that interferes in a substantial way with the integrity, health or well-being of a victim": *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, at p. 88. Of course, actual transmission of HIV constitutes serious bodily harm.

[83] The courts below answered this question of law differently. The trial judge took the approach that any risk of transmission of HIV, however small, constitutes "significant risk of serious bodily harm" (see reference to the trial judge's reasons, at C.A. para. 66). The Court of Appeal, by contrast, held that "significant risk" connoted a high risk of transmission of HIV. In its view "significant risk of serious bodily harm" under *Cuerrier* requires a "significant or high risk" (para. 80) — the "opposite of evidence of a 'high probability' of no infectiousness" (para. 127).

partenaire raisonnable. Faut-il alors criminaliser ce qui constitue, somme toute, une erreur de jugement et condamner le fautif à une peine d'emprisonnement dont la durée peut être de plusieurs années? Telle pourrait être la conséquence du critère fondé sur les attentes du partenaire raisonnable.

g) *Faire évoluer la common law*

[81] Reste donc la possibilité d'accroître la certitude associée au critère de l'arrêt *Cuerrier* en précisant à quelles conditions est remplie l'exigence du risque important, sur les plans théorique et pratique. Une telle approche est compatible avec la fonction des tribunaux de common law qui consiste à adapter progressivement les éléments d'une infraction aux exigences de la justice et de l'application concrète.

[82] Il s'agit donc de pousser plus loin l'arrêt *Cuerrier* en déterminant dans quelles circonstances une relation sexuelle avec une personne séropositive présente un « risque important de lésions corporelles graves ». Dès lors, il faut adhérer aux conclusions de fait du juge du procès, sauf erreur manifeste et dominante de sa part. Que ces conclusions établissent ou non un « risque important de lésions corporelles graves » est une question de droit qu'il convient de trancher : voir C.A., par. 37. Il faut entendre par « lésions corporelles graves » « toute blessure ou lésion, physique ou psychologique, qui nuit d'une manière importante à l'intégrité, à la santé ou au bien-être d'une victime » : *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, p. 88. La transmission effective du VIH inflige de toute évidence des lésions corporelles graves.

[83] Les juridictions inférieures statuent différemment sur cette question de droit. La juge du procès estime que tout risque de transmission du VIH, aussi minime soit-il, constitue un « risque important de lésions corporelles graves » (voir le renvoi à ses motifs dans ceux de la C.A., par. 66). Par contre, la Cour d'appel conclut qu'un « risque important » connote un risque élevé de transmission du VIH. À son avis, suivant l'arrêt *Cuerrier*, un « risque important de lésions corporelles graves » s'entend d'un [TRADUCTION] « risque important ou élevé » (par. 80), « par opposition à la preuve d'une "grande probabilité" de non-infectiosité » (par. 127).

[84] In my view, a "significant risk of serious bodily harm" connotes a position between the extremes of no risk (the trial judge's test) and "high risk" (the Court of Appeal's test). Where there is a *realistic possibility of transmission of HIV*, a significant risk of serious bodily harm is established, and the deprivation element of the *Cuerrier* test is met. This approach is supported by the following considerations.

[85] First, "significant risk of serious bodily harm" cannot mean any risk, however small. That would come down to adopting the absolute disclosure approach, with its numerous shortcomings, and would effectively read the word "significant" out of the *Cuerrier* test.

[86] Second, a standard of "high" risk does not give adequate weight to the nature of the harm involved in HIV transmission. "Significant risk" in *Cuerrier* is informed both by the risk of contraction of HIV and the seriousness of the disease if contracted. These factors vary inversely. The more serious the nature of the harm, the lower the probability of transmission need be to amount to a "significant risk of serious bodily harm".

[87] Third, as discussed earlier in considering guides to interpretation, a standard of realistic possibility of transmission of HIV avoids setting the bar for criminal conviction too high or too low. A standard of any risk, however small, would arguably set the threshold for criminal conduct too low. On the other hand, to limit s. 265(3)(*c*) to cases where the risk is "high" might condone irresponsible, reprehensible conduct.

[88] Fourth, the common law and statutory history of fraud vitiating consent to sexual relations supports viewing "significant risk of serious bodily harm" as requiring a realistic possibility

[84] À mon sens, le « risque important de lésions corporelles graves » se situe entre les pôles que sont l'absence de risque (le critère retenu par la juge du procès) et le « risque élevé » (celui adopté par la Cour d'appel). Lorsqu'il existe une *possibilité réaliste de transmission du VIH*, le risque important de lésions corporelles graves est établi, et le second volet du critère de l'arrêt *Cuerrier* — la privation — est respecté. Les considérations suivantes militent en faveur de cette interprétation.

[85] Premièrement, le « risque important de lésions corporelles graves » ne saurait s'entendre de tout risque, aussi minime soit-il. Pareille interprétation reviendrait à adopter l'approche de l'obligation absolue de révéler, qui comporte de nombreuses lacunes, et à faire abstraction du qualificatif « important » employé dans la formulation du critère de l'arrêt *Cuerrier*.

[86] Deuxièmement, la norme du risque « élevé » ne tient pas dûment compte de la nature du préjudice causé par la transmission du VIH. Dans l'arrêt *Cuerrier*, la notion de « risque important » tient à la fois au risque de contracter le VIH et à la gravité de la maladie lorsqu'elle est transmise, deux facteurs inversement proportionnels. Plus la nature du préjudice est grave, moins la probabilité de transmission doit être grande pour qu'il y ait « risque important de lésions corporelles graves ».

[87] Troisièmement, comme je le mentionne précédemment dans l'examen des principes d'interprétation, la norme de la possibilité réaliste de transmission du VIH ne place la barre ni trop haut ni trop bas pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité. La norme correspondant à tout risque, aussi minime soit-il, pourrait établir un seuil de criminalité trop facile à franchir. Par ailleurs, limiter l'application de l'al. 265(3)*c*) aux cas où le risque est « élevé » pourrait avoir l'effet d'excuser un comportement irresponsable et répréhensible.

[88] Quatrièmement, l'évolution de la common law et des lois en matière de fraude viciant le consentement aux relations sexuelles étaye la proposition selon laquelle le « risque important de

of transmission of HIV. This history suggests that only serious deceptions with serious consequences are capable of vitiating consent to sexual relations. Interpreting "significant risk of serious bodily harm" in *Cuerrier* as extending to any risk of transmission would be inconsistent with this. A realistic possibility of transmission arguably strikes the right balance for a disease with the life-altering consequences of HIV.

[89] Fifth, the values of autonomy and equality enshrined in the *Charter* support an approach to fraud vitiating consent that respects the interest of a person to choose whether to consent to sex with a particular person or not. The law must strike a balance between this interest and the need to confine the criminal law to conduct associated with serious wrongs and serious harms. Drawing the line between criminal and non-criminal misconduct at a realistic possibility of transmission arguably strikes an appropriate balance between the complainant's interest in autonomy and equality and the need to prevent over-extension of criminal sanctions.

[90] Finally, interpreting "significant risk of serious bodily harm" as entailing a realistic possibility of transmission of HIV is supported by a number of cases. Apart from the trial reasons in this case, we have been referred to no case holding that "significant" means any risk, however small. To be sure, not many cases have considered the point. But the few that have are worth noting. In *R. v. Jones*, 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL), the court held that a risk of transmission of hepatitis C between 1.0 and 2.5% was "so low that it cannot be described as significant" (para. 33). And in *R. v. J.A.T.*, 2010 BCSC 766 (CanLII), the trial judge stated that "[a] significant risk means a risk that is of a magnitude great enough to be considered important" (para. 56).

lésions corporelles graves » exige une possibilité réaliste de transmission du VIH. Cette évolution donne à penser que seule la tromperie grave et lourde de conséquences est susceptible de vicier le consentement aux relations sexuelles, ce qui est incompatible avec une interprétation voulant que le « risque important de lésions corporelles graves » requis dans l'arrêt *Cuerrier* vise tout risque de transmission. On peut soutenir que la possibilité réaliste de transmission établit un juste équilibre dans le cas d'une maladie dont les conséquences bouleversent la vie, comme le VIH.

[89] Cinquièmement, les valeurs d'autonomie et d'égalité que consacre la *Charte* militent en faveur d'une définition de la fraude viciant le consentement qui respecte le droit de chacun de consentir ou non à des rapports sexuels avec une personne en particulier. La loi doit établir un équilibre entre ce droit et l'impératif de ne criminaliser que le comportement associé à un acte fautif et à un préjudice graves. Départager l'inconduite criminelle et l'inconduite non criminelle en fonction de la possibilité réaliste de transmission pourrait établir un juste équilibre entre le droit à l'autonomie et à l'égalité du plaignant, d'une part, et la nécessité de faire en sorte que la répression criminelle n'ait pas une portée excessive, d'autre part.

[90] Enfin, un certain nombre de décisions appuient l'assimilation du « risque important de lésions corporelles graves » à la possibilité réaliste de transmission du VIH. Hormis celle rendue à l'issue du procès en l'espèce, nulle décision selon laquelle un « risque important » englobe tout risque, aussi minime soit-il, n'a été invoquée devant nous. Les décisions sur ce point sont certes peu nombreuses, mais elles valent d'être mentionnées. Dans *R. c. Jones*, 2002 NBQB 340, [2002] N.B.J. No. 375 (QL), la cour conclut qu'un risque de transmission de l'hépatite C se situant entre 1,0 et 2,5 % est [TRADUCTION] « si faible qu'on ne saurait le qualifier d'important » (par. 33). Et dans *R. c. J.A.T.*, 2010 BCSC 766 (CanLII), le juge du procès dit qu'[TRADUCTION] « [un] risque important s'entend d'un risque dont l'ampleur justifie qu'on le tienne pour important » (par. 56).

[91] These considerations lead me to conclude that the *Cuerrier* requirement of "significant risk of serious bodily harm" should be read as requiring disclosure of HIV status if there is a realistic possibility of transmission of HIV. If there is no realistic possibility of transmission of HIV, failure to disclose that one has HIV will not constitute fraud vitiating consent to sexual relations under s. 265(3)(*c*).

[92] The test of realistic possibility of transmission proposed in these reasons is specific to HIV. As discussed above, "significant risk" depends both on the degree of the harm and risk of transmission. These two factors vary inversely. A treatable sexually transmitted disease that does not seriously alter a person's life or life-expectancy might well not rise to the level of constituting "serious bodily harm", and would also fail to meet the requirement of endangerment of life for aggravated sexual assault under s. 273(1). Where the line should be drawn with respect to diseases other than HIV is not before us. It is enough to note that HIV is indisputably serious and life-endangering. Although it can be controlled by medication, HIV remains an incurable chronic infection that, if untreated, can result in death. As such, the failure to advise a sexual partner of one's HIV status may lead to a conviction for aggravated sexual assault under s. 273(1) of the *Criminal Code*. (This said, it may be that with further medical advances, the death rate may decline to the point where the risk of death is virtually eliminated, reducing the offence to sexual assault *simpliciter* under s. 271(1) of the *Criminal Code*. Similarly, the day may come when researchers will find a cure for HIV, with the possible effect that HIV will cease to cause "serious bodily harm" and the failure to disclose will no longer fall under the category of fraud vitiating consent for the purposes of sexual assault.)

[91] Ces considérations m'amènent à conclure que l'exigence d'un « risque important de lésions corporelles graves » formulée dans l'arrêt *Cuerrier* doit être interprétée comme obligeant une personne à révéler sa séropositivité lorsqu'il existe une possibilité réaliste de transmission du VIH. À défaut d'une telle possibilité, l'omission de dévoiler sa séropositivité ne constitue pas une fraude viciant le consentement aux relations sexuelles pour l'application de l'al. 265(3)*c*).

[92] Le critère de la possibilité réaliste de transmission proposé dans les présents motifs ne vaut que pour le VIH. Rappelons que le « risque important » tient à la fois à la gravité du préjudice et à l'ampleur du risque de transmission, deux facteurs inversement proportionnels. Une maladie transmise sexuellement qui est traitable et qui ne bouleverse pas l'existence ni ne réduit sensiblement l'espérance de vie pourrait très bien ne pas emporter de « lésions corporelles graves » et, de ce fait, ne pas satisfaire à l'exigence de mise en danger de la vie que comporte l'infraction d'agression sexuelle grave prévue au par. 273(1). L'objet du présent pourvoi n'est pas de tracer la ligne de démarcation dans le cas d'autres maladies que le VIH. Il suffit de signaler que le VIH est incontestablement une maladie grave qui met la vie en danger. Bien que son évolution puisse être contrôlée à l'aide de médicaments, le VIH demeure une maladie chronique incurable qui, lorsqu'elle n'est pas traitée, peut entraîner la mort. C'est pourquoi l'omission d'informer un partenaire sexuel de sa séropositivité peut donner lieu à une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle grave suivant le par. 273(1) du *Code criminel*. (Cela dit, il se peut que de nouvelles avancées médicales permettent de réduire le taux de mortalité au point de rendre le risque de mortalité presque inexistant, et que l'on ramène l'infraction à celle d'agression sexuelle simple prévue au par. 271(1) du *Code criminel*. De même, les chercheurs pourraient un jour trouver un remède, de sorte que le VIH ne cause plus de « lésions corporelles graves » et que l'omission de révéler qu'on en est atteint ne constitue plus une fraude viciant le consentement pour l'application de l'infraction d'agression sexuelle.)

(4) Realistic Possibility of HIV Transmission

[93] A review of the case law pertaining to fraud vitiating consent to sexual relations leads to the following general principle of law: the *Cuerrier* requirement of a "significant risk of serious bodily harm" entails a *realistic possibility of transmission of HIV.* This applies to all cases where fraud vitiating consent to sexual relations is alleged on the basis of the non-disclosure of HIV-positive status.

[94] This leaves the question of when there is a realistic possibility of transmission of HIV. The evidence adduced here satisfies me that, as a general matter, a realistic possibility of transmission of HIV is negated if (i) the accused's viral load at the time of sexual relations was low, *and* (ii) condom protection was used.

[95] The conclusion that low viral count coupled with condom use precludes a realistic possibility of transmission of HIV, and hence does not constitute a "significant risk of serious bodily harm" on the *Cuerrier* test, flows from the evidence in this case. This general proposition does not preclude the common law from adapting to future advances in treatment and to circumstances where risk factors other than those considered in this case are at play.

[96] In this case, the evidence accepted by the trial judge was that Mr. Mabior had intercourse by vaginal penetration with the four complainants, during which he ejaculated. The accused underwent antiretroviral treatment on a regular basis, but he only wore condoms occasionally. Mr. Mabior's medical record also shows that he had been successfully treated for gonorrhœa and had no sexually transmitted infections at the time of intercourse with the four complainants other than HIV. Based on this evidence, three factors were relevant to risk: baseline risk for vaginal intercourse when the male partner is HIV-positive; reduction in risk with condom use; and antiretroviral therapy. I will consider each in turn.

(4) Possibilité réaliste de transmission du VIH

[93] Le principe de droit général suivant se dégage de la jurisprudence en matière de fraude viciant le consentement aux relations sexuelles : l'exigence par notre Cour dans *Cuerrier* d'un « risque important de lésions corporelles graves » suppose une *possibilité réaliste de transmission du VIH.* Le principe vaut pour toute allégation de fraude viciant le consentement à des relations sexuelles fondée sur l'omission de révéler sa séropositivité.

[94] La question se pose alors de savoir dans quelles circonstances il y a possibilité réaliste de transmission du VIH. La preuve offerte me convainc que, de manière générale, cette possibilité est écartée (i) lorsque la charge virale de l'accusé est faible au moment du rapport sexuel *et* (ii) que le condom est utilisé.

[95] La conclusion selon laquelle une charge virale faible combinée à l'utilisation du condom écarte la possibilité réaliste de transmission du VIH, de sorte qu'il n'y a pas de « risque important de lésions corporelles graves » pour l'application du critère de l'arrêt *Cuerrier*, découle de la preuve en l'espèce. Cet énoncé général n'empêche pas la common law de s'adapter aux avancées thérapeutiques et aux circonstances où d'autres facteurs de risque que ceux considérés en l'espèce sont en cause.

[96] En l'espèce, il appert de la preuve admise au procès qu'il y a eu pénétration vaginale et éjaculation lors des rapports sexuels de M. Mabior avec les quatre plaignantes. L'accusé suivait un traitement aux antirétroviraux sur une base régulière, mais il n'utilisait le condom qu'à l'occasion. Son dossier médical indique également qu'il a été traité avec succès pour une gonorrhée et qu'il ne souffrait d'aucune autre infection sexuellement transmissible que le VIH au moment de ses rapports sexuels avec les quatre plaignantes. À la lumière de cette preuve, trois éléments sont pertinents quant à l'évaluation du risque couru : le risque de base d'une relation vaginale avec un partenaire masculin séropositif, la réduction du risque lorsqu'un condom est utilisé et la thérapie antirétrovirale. Je les examine tour à tour.

[97] As the Court of Appeal noted, baseline risk of HIV transmission per act of vaginal intercourse with an infected male partner (i.e. the risk of transmission based on the male ejaculating, without a condom, having a normal unreduced viral load) varies from study to study. Dr. Smith's written report put the risk at 0.05% (1 in 2000) to 0.26% (1 in 384) (p. 4). Ms. McDonald, a public health nurse, testified about the Manitoba Health post-exposure protocol, which puts risk per act at 0.1% (1 in 1000). A systemic review and meta-analysis of 43 publications comprising 25 different study populations, put the risk in high-income countries at 0.08% per sexual act (1 in 1250): M.-C. Boily, et al., "Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: systematic review and meta-analysis of observational studies" (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118.

[98] It is undisputed that HIV does not pass through good quality male or female latex condoms. However, condom use is not fail-safe, due to the possibility of condom failure and human error. Dr. Smith testified that consistent condom protection reduces the risk of HIV transmission by 80%, relying on the widely accepted Cochrane review: S. C. Weller and K. Davis-Beaty, "Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission" (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255. It was pointed out that the 80% reduction in the transmission risk refers to consistent condom use: the reduction may be larger for consistent *and* correct condom use, but this has not been verified empirically.

[99] The Court of Appeal, in applying a "high risk" approach, held that condom use reduces the risk of HIV transmission "below the level of significance" (para. 87). However, in my view, the evidence does not establish that condom protection alone precludes a *realistic possibility* of transmission, the standard proposed here. According to the expert evidence, the risk might still fall above the "negligible" threshold: Dr. Smith's report, at p. 6.

[97] Comme le signale la Cour d'appel, le risque de base de transmission du VIH lors d'une relation vaginale avec un partenaire masculin infecté (à supposer que l'homme éjacule, qu'il n'emploie pas de préservatif et que sa charge virale soit normale, plutôt que réduite) varie selon les études. Dans son rapport, le D[r] Smith situe le risque par acte entre 0,05 % (1 sur 2000) et 0,26 % (1 sur 384) (p. 4). Une infirmière en santé publique, M[me] McDonald, a témoigné au sujet du protocole post-exposition du Manitoba, lequel fait état d'un risque par acte de 0,1 % (1 sur 1000). L'examen systématique et la méta-analyse de 43 publications portant sur 25 études de population établit le risque couru dans les pays où les revenus sont élevés à 0,08 % par acte sexuel (1 sur 1250) : M.-C. Boily, et al., « Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act : systematic review and meta-analysis of observational studies » (2009), 9 *Lancet Infect. Dis.* 118.

[98] Nul ne conteste que le VIH ne passe pas à travers la paroi d'un préservatif masculin ou féminin en latex de bonne qualité. Cependant, tout risque n'est pas éliminé, car le condom peut être défectueux ou mal employé. Le D[r] Smith a témoigné que l'utilisation systématique du condom 100, et il a cité à l'appui l'étude de Cochrane, qui jouit d'une large reconnaissance : S. C. Weller et K. Davis-Beaty, « Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission » (2002), 1 *Cochrane Database Syst. Rev.* CD003255. Il a précisé que ce pourcentage de réduction correspondait à l'utilisation systématique du condom, car il peut être plus élevé s'il y a à la fois utilisation systématique *et* adéquate du condom, une hypothèse qui n'a cependant pas été vérifiée empiriquement.

[99] Adoptant l'angle du « risque élevé » d'infection, la Cour d'appel conclut que l'utilisation du condom abaisse le risque de transmission du VIH [TRADUCTION] « sous le seuil du risque important » (par. 87). Toutefois, à mon avis, la preuve n'établit pas que, à elle seule, cette protection écarte la *possibilité réaliste* de transmission, la norme proposée en l'espèce. Selon la preuve d'expert, le risque pourrait toujours dépasser le seuil du risque « négligeable » : rapport du D[r] Smith, p. 6.

[100] This brings us to the final factor, antiretroviral therapy. As noted by the Court of Appeal, the transmissibility of HIV is proportional to the viral load, i.e. the quantity of HIV copies in the blood. The viral load of an untreated HIV patient ranges from 10,000 copies to a few million copies per millilitre. When a patient undergoes antiretroviral treatment, the viral load shrinks rapidly to less than 1,500 copies per millilitre (low viral load), and can even be brought down to less than 50 copies per millilitre (undetectable viral load) over a longer period of time. This appears to be scientifically accepted at this point, on the evidence in this case.

[101] Dr. Smith explained in his report that antiretroviral therapy is not a safe-sex strategy, and that "it is highly advisable that persons even with an undetectable viral load who are having sex with more than one partner unfailingly and correctly use a condom" (pp. 5 and 7). The most recent wide-scale study on this issue, relied on by a number of interveners, concludes that the risk of HIV transmission is reduced by 89 to 96% when the HIV-positive partner is treated with antiretrovirals, irrespective of whether the viral load is low or undetectable: M. S. Cohen, et al., "Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy" (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493. This evidence indicates that antiretroviral therapy, alone, still exposes a sexual partner to a realistic possibility of transmission. However, on the evidence before us, the ultimate percentage risk of transmission resulting from the combined effect of condom use *and* low viral load is clearly extremely low — so low that the risk is reduced to a speculative possibility rather than a realistic possibility.

[102] In reaching this conclusion, I use *low* viral load, rather than *undetectable* viral load, as one of the factors for determining risk. This avoids the evidentiary difficulties associated with establishing an *undetectable* viral load. Dr. Smith presented evidence that various factors such as common infections and treatment issues may lead to fluctuations in a person's viral load. So-called

[100] Passons maintenant au dernier élément, la thérapie antirétrovirale. Comme le signale la Cour d'appel, la transmissibilité du VIH est proportionnelle à la charge virale, soit le nombre de copies du VIH dans le sang. La charge virale d'une personne séropositive qui n'est pas traitée se situe entre 10 000 et quelques millions de copies par millilitre. Lorsque le patient suit un traitement aux antirétroviraux, sa charge virale chute rapidement à moins de 1 500 copies par millilitre (charge faible), voire jusqu'à moins de 50 copies par millilitre (charge indétectable) sur une plus longue période de temps. Selon la preuve au dossier, ces données seraient celles admises de nos jours par la science.

[101] Le D^r^ Smith explique dans son rapport que la thérapie antirétrovirale n'offre pas un moyen d'avoir des relations sexuelles sans risque et qu'[TRADUCTION] « il est fortement recommandé aux personnes qui ont plus d'un partenaire sexuel, même lorsque leur charge virale est indétectable, d'utiliser systématiquement et correctement le condom » (p. 5 et 7). Citée par un certain nombre d'intervenants, l'étude à grande échelle la plus récente sur ce point conclut que le risque de transmission du VIH diminue de 89 à 96 % lorsque le partenaire séropositif est traité aux antirétroviraux, peu importe que sa charge virale soit faible ou indétectable : M. S. Cohen, et al., « Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy » (2011), 365 *New Eng. J. Med.* 493. C'est donc dire que la seule thérapie antirétrovirale expose quand même le partenaire sexuel à une possibilité réaliste de transmission. Toutefois, il appert de la preuve au dossier que le risque de transmission résultant de l'effet combiné de l'utilisation du condom *et* d'une charge virale faible est de toute évidence extrêmement faible, si faible que le risque devient hypothétique plutôt que réaliste.

[102] Pour arriver à cette conclusion, je retiens au nombre des éléments qui permettent d'évaluer le risque la charge virale *faible*, plutôt que la charge virale *indétectable*. Ce choix évite les difficultés liées à la preuve d'une charge virale *indétectable*. Le D^r^ Smith a témoigné que plusieurs choses, comme une infection banale ou un aléa thérapeutique, peuvent faire fluctuer la charge virale d'une

"spikes" or "blips" bring the viral load of a person treated with antiretrovirals above the detectable level. Furthermore, detectability depends on the accuracy of ever-developing technology: a viral load that assays do not detect today, might very well be detectable by future assays. Finally, it must be observed that Dr. Smith did not accept, and presented as controversial, the 2008 announcement by the Swiss Federal Commission for HIV/AIDS that an HIV-positive person with an undetectable viral load is not sexually infectious (p. 5). As he noted, this statement is subject to important qualifications, based only on a review of scientific literature, and requires corroborating research.

[103] This leads to the conclusion that on the evidence before us, the combined effect of condom use *and* low viral load precludes a realistic possibility of transmission of HIV. In these circumstances, the *Cuerrier* requirement of significant risk of serious bodily harm is not met. There is no deprivation within the meaning of *Cuerrier* and failure to disclose HIV status will not constitute fraud vitiating consent under s. 265(3)(*c*) of the *Criminal Code*.

(5) Summary

[104] To summarize, to obtain a conviction under ss. 265(3)(*c*) and 273, the Crown must show that the complainant's consent to sexual intercourse was vitiated by the accused's fraud as to his HIV status. Failure to disclose (*the dishonest act*) amounts to fraud where the complainant would not have consented had he or she known the accused was HIV-positive, and where sexual contact poses a significant risk of or causes actual serious bodily harm (*deprivation*). A significant risk of serious bodily harm is established by a realistic possibility of transmission of HIV. On the evidence before us, a realistic possibility of transmission is negated by evidence that the accused's viral load was low at the time of intercourse and that condom protection

personne. Des variations brusques ou passagères élèvent au-dessus du seuil de la détectabilité la charge virale d'une personne traitée aux antirétroviraux. De plus, la détectabilité dépend de la précision d'une technologie en évolution constante : la charge virale qui n'est pas détectable aujourd'hui pourrait très bien l'être ultérieurement grâce à un nouveau test. Enfin, il convient de signaler le désaccord du D[r] Smith avec la Commission fédérale suisse sur le VIH/sida, qui a affirmé en 2008 qu'une personne séropositive dont la charge virale est indétectable n'est pas sexuellement infectieuse. Il s'agit selon lui d'une affirmation controversée (p. 5). Il ajoute que cet avis appelle des réserves importantes parce qu'il n'est fondé que sur un examen de la littérature scientifique et qu'il doit être confirmé par la recherche.

[103] Au vu de la preuve au dossier, force est donc de conclure que l'effet combiné de l'utilisation du condom *et* de l'existence d'une charge virale faible écarte la possibilité réaliste de transmission du VIH. Dans ces circonstances, il n'est pas satisfait à l'exigence établie par la Cour dans *Cuerrier*, à savoir l'existence d'un risque important de lésions corporelles graves. Il n'y a aucune privation au sens de l'arrêt *Cuerrier*, et l'omission de l'accusé de révéler sa séropositivité ne constitue pas une fraude viciant le consentement aux fins de l'al. 265(3)*c*) du *Code criminel*.

(5) Résumé

[104] En résumé, pour obtenir une déclaration de culpabilité sous le régime de l'al. 265(3)*c*) et de l'art. 273, le ministère public doit démontrer que le consentement du plaignant aux relations sexuelles est vicié par la fraude de l'accusé concernant sa séropositivité. L'omission de révéler (*l'acte malhonnête*) constitue une fraude lorsque le plaignant n'aurait pas donné son consentement s'il avait su que l'accusé était séropositif et lorsqu'un contact sexuel présente un risque important de lésions corporelles graves ou inflige effectivement de telles lésions (*la privation*). La possibilité réaliste de transmettre le VIH établit le risque important de lésions corporelles graves. Selon la preuve au dossier, la possibilité réaliste de transmission est écartée par la

was used. However, the general proposition that a low viral load combined with condom use negates a realistic possibility of transmission of HIV does not preclude the common law from adapting to future advances in treatment and to circumstances where risk factors other than those considered in the present case are at play.

[105] The usual rules of evidence and proof apply. The Crown bears the burden of establishing the elements of the offence — a dishonest act and deprivation — beyond a reasonable doubt. Where the Crown has made a *prima facie* case of deception and deprivation as described in these reasons, a tactical burden may fall on the accused to raise a reasonable doubt, by calling evidence that he had a low viral load at the time and that condom protection was used.

B. *Application*

[106] With respect to the four counts before us, the complainants all consented to sexual intercourse with the accused. Each of the complainants testified that they would not have had sex with the accused had they known that he was HIV-positive. The only issue is whether their consent was vitiated because he did not tell them that he had HIV.

[107] The trial judge found the accused guilty of aggravated sexual assault on the four counts where it was established that his viral load was not undetectable or no condom was used. The Court of Appeal set aside the convictions on the basis that *either* an undetectable viral load *or* condom protection would suffice.

[108] As set out above, at this point in the development of the common law, a clear test can be laid down. The absence of a realistic possibility of HIV transmission precludes a finding of fraud vitiating consent under s. 265(3)(*c*) of the *Criminal Code*. In

preuve selon laquelle, lors de la relation sexuelle considérée, la charge virale de l'accusé était faible et un condom a été utilisé. Cependant, l'énoncé général voulant que la charge virale faible combinée à l'emploi du condom écarte la possibilité réaliste de transmission du VIH n'empêche pas la common law de s'adapter aux futures avancées thérapeutiques et aux circonstances où d'autres facteurs de risque que ceux considérés en l'espèce sont en jeu.

[105] Les règles de preuve habituelles s'appliquent en l'espèce. C'est au ministère public qu'il incombe d'établir hors de tout doute raisonnable les éléments constitutifs de l'infraction, à savoir l'acte malhonnête et la privation. Une fois ces deux éléments établis *prima facie* conformément aux présents motifs, l'accusé peut avoir l'obligation tactique de soulever un doute raisonnable par la présentation d'éléments de preuve selon lesquels, au moment considéré, sa charge virale était faible et un condom a été utilisé.

B. *Application*

[106] En ce qui concerne les quatre chefs d'accusation visés par le pourvoi, les plaignantes ont toutes consenti aux rapports sexuels qu'elles ont eus avec l'accusé. Chacune a déclaré qu'elle n'aurait pas eu de relations sexuelles avec l'accusé si elle l'avait su séropositif. La seule question en litige est celle de savoir si leur consentement est vicié par l'omission de l'accusé de les informer de sa séropositivité.

[107] La juge du procès reconnaît l'accusé coupable d'agression sexuelle grave quant aux quatre chefs dans la mesure où était établi que sa charge virale n'était pas indétectable ou qu'il n'avait pas utilisé de condom. La Cour d'appel annule les déclarations de culpabilité au motif que *soit* une charge virale indétectable, *soit* une protection au moyen d'un condom était suffisante.

[108] Comme je le dis précédemment, à cette étape de l'évolution de la common law, il est possible d'établir un critère clair. L'absence de possibilité réaliste de transmission du VIH empêche de conclure à l'existence d'une fraude viciant le

the case at hand, no realistic possibility of transmission was established when the accused had a low viral load and wore a condom. It follows that the appeal should be allowed insofar as the decision of the Court of Appeal conflicts with this conclusion.

[109] The accused had a low viral load at the time of intercourse with each of S.H., D.C.S. and D.H., but did not use a condom. Consequently, the trial judge's convictions on these counts should be maintained. This leaves K.G. The trial judge convicted on the ground that, although the accused used a condom at the time of the encounter, his viral load "was not suppressed" (para. 128). As discussed, the combination of a low viral load — as opposed to an *undetectable* viral load — and of condom use negates a realistic possibility of transmission, on the evidence in this case. The record shows that the accused's viral load was low at the time of sexual relations with K.G. When combined with condom protection, this low viral load did not expose K.G. to a significant risk of serious bodily harm. The trial judge's conviction on this count must be reversed.

[110] I would allow the appeal in part and restore the convictions in respect of the complaints by S.H., D.C.S. and D.H. I would dismiss the appeal in respect of the complaint by K.G.

Appeal allowed in part.

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

Solicitor for the respondent: Legal Aid Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV & AIDS

consentement suivant l'al. 265(3)*c*) du *Code criminel*. Dans la présente affaire, nulle possibilité réaliste de transmission n'a été établie relativement aux rapports sexuels au cours desquels l'accusé avait une charge virale faible et utilisait un condom. Le pourvoi doit donc être accueilli dans la mesure où la décision de la Cour d'appel va à l'encontre de cette conclusion.

[109] Lors de ses rapports sexuels avec chacune des plaignantes S.H., D.C.S. et D.H., l'accusé avait une charge virale faible, mais n'a pas utilisé de condom. Il convient donc de confirmer les déclarations de culpabilité prononcées par la juge du procès sur les chefs correspondants. Reste à statuer sur le cas de K.G. La juge du procès déclare l'accusé coupable au motif que, même s'il a utilisé un condom lors des relations sexuelles avec elle, sa charge virale [TRADUCTION] « n'était pas supprimée » (par. 128). Je rappelle qu'une charge virale faible — par opposition à une charge virale *indétectable* — combinée à l'utilisation du condom écarte la possibilité réaliste de transmission suivant la preuve présentée en l'espèce. Il appert du dossier qu'au moment de ses rapports sexuels avec K.G., l'accusé avait une charge virale faible. Jumelée à la protection au moyen d'un condom, cette charge virale faible n'a pas exposé K.G. à un risque important de lésions corporelles graves. La déclaration de culpabilité prononcée par la juge sur ce chef doit être annulée.

[110] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de rétablir les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle grave relativement aux plaignantes S.H., D.C.S. et D.H., ainsi que de rejeter le pourvoi en ce qui concerne la plaignante K.G.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureur de l'appelante : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intimé : Aide juridique Manitoba, Winnipeg.

Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic

Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, the Positive Living Society of British Columbia, the Canadian AIDS Society, the Toronto People With AIDS Foundation, the Black Coalition for AIDS Prevention and the Canadian Aboriginal AIDS Network: Cooper & Sandler, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck Presser, Toronto.

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Poupart, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener Institut national de santé publique du Québec: Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Ontario, la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, la Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention et le Réseau canadien autochtone du sida : Cooper & Sandler, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck Presser, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Poupart, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenant l'Institut national de santé publique du Québec : Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

D.C. *Respondent*

and

Attorney General of Alberta, Canadian HIV/AIDS Legal Network, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, Canadian AIDS Society, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention, Canadian Aboriginal AIDS Network, Criminal Lawyers' Association of Ontario, British Columbia Civil Liberties Association, Association des avocats de la défense de Montréal and Institut national de santé publique du Québec *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* D.C.

2012 SCC 48

File No.: 34094.

2012: February 8; 2012: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Credibility — Sexual assault and aggravated assault — Non-disclosure of HIV status — Proof of realistic possibility of transmission of HIV — Whether trial judge could rely on doctor's note as confirmatory evidence of complainant's testimony that no condom had been used — Whether trial judge committed error on question of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268, 271, 686(1)(a)(ii).

D.C. was charged with sexual assault and aggravated assault. When she first engaged in vaginal intercourse

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

D.C. *Intimée*

et

Procureur général de l'Alberta, Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention, Réseau canadien autochtone du sida, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Association des avocats de la défense de Montréal et Institut national de santé publique du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* D.C.

2012 CSC 48

N° du greffe : 34094.

2012 : 8 février; 2012 : 5 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Crédibilité — Agression sexuelle et voies de fait graves — Omission de révéler la séropositivité — Preuve d'une possibilité réaliste de transmission du VIH — Le juge du procès pouvait-il considérer la note d'un médecin comme un élément de preuve corroborant le témoignage du plaignant concernant l'inutilisation d'un condom? — A-t-il commis une erreur de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c), 268, 271, 686(1)a)(ii).

D.C. a été inculpée d'agression sexuelle et de voies de fait graves. Lors de sa première relation sexuelle

with the complainant, she had not disclosed to him the fact that she was HIV-positive. At the time, her viral load was undetectable. The critical issue in the trial was whether a condom had been used. The only evidence on the point was that of the complainant and D.C. The complainant testified no condom was used; D.C. testified a condom was used. The trial judge found that neither witness was credible. However, on the basis of a note of D.C.'s doctor made seven years earlier and referring to a broken condom, the judge concluded that D.C. had lied to her doctor, and inferred that no condom had been worn. He convicted D.C. The Court of Appeal concluded that the trial judge's reasoning as to whether a condom was used was a reasonable inference, but set aside the convictions on the ground that even without condom use, the requirement of a significant risk of serious bodily harm was not met, given the absence of detectable HIV copies in D.C.'s blood.

Held: The appeal should be dismissed.

As discussed in *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, in the case of HIV, a significant risk of serious bodily harm is found in the presence of a realistic possibility of transmission. On the facts of this case, condom use was required to preclude a realistic possibility of HIV transmission. Given the lack of credibility of the complainant, the trial judge needed evidence that a condom had not been used in order to convict. Here, he erred in law in relying on speculation as confirmatory evidence of the complainant's testimony that a condom had not been used. He could not rely on a series of speculative conclusions about a supposed lie and the motives for it, based on a note made seven years earlier that did not constitute independent evidence. It follows that the prosecution failed to prove D.C.'s guilt on the charges against her beyond a reasonable doubt.

Cases Cited

Applied: *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; **referred to:** *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(*c*), 686(1)(*a*)(ii).

vaginale avec le plaignant, elle ne lui avait pas révélé sa séropositivité. Sa charge virale était alors indétectable. Au procès, la question cruciale était celle de savoir si un condom avait été utilisé. Les seuls témoignages entendus sur ce point ont été ceux du plaignant et de D.C. Le premier a témoigné qu'ils n'avaient pas utilisé de condom; la seconde a affirmé le contraire. Selon le juge du procès, ni l'un ni l'autre n'étaient crédibles. Cependant, il a conclu sur la foi d'une note du médecin de D.C., rédigée sept ans auparavant et faisant mention d'une rupture de condom, que D.C. avait menti à son médecin. Il en a inféré que la relation n'avait pas été protégée et il a déclaré D.C. coupable. La Cour d'appel a conclu que le raisonnement du juge du procès sur l'utilisation d'un condom participait d'une inférence qu'il pouvait raisonnablement tirer, mais elle a annulé les déclarations de culpabilité au motif que, même si un condom n'avait pas été utilisé, l'exigence jurisprudentielle d'un risque important de lésions corporelles graves n'était pas remplie vu l'absence de copie détectable du VIH dans le sang de D.C.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Comme il est précisé dans l'arrêt *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, dans le cas du VIH, la possibilité réaliste de transmission crée un risque important de lésions corporelles graves. Au vu des faits de l'espèce, il y avait obligation d'utiliser le condom pour exclure la possibilité réaliste de transmission du VIH. Étant donné l'absence de crédibilité du plaignant, le juge du procès ne pouvait prononcer une déclaration de culpabilité que si l'inutilisation du condom était établie par ailleurs. En l'espèce, il a commis une erreur de droit en se fondant sur une conjecture comme s'il s'agissait d'un élément de preuve corroborant le témoignage du plaignant selon lequel aucun condom n'avait été utilisé. Il ne lui était pas loisible de s'appuyer sur une série de conclusions conjecturales concernant un prétendu mensonge et ce qui l'avait motivé, des conclusions tirées à partir d'une note rédigée sept ans auparavant qui ne constituait pas une preuve indépendante. La poursuite n'a donc pas établi hors de tout doute raisonnable la culpabilité de D.C. à l'égard des accusations qui pesaient contre elle.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; **arrêt mentionné :** *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)*c*), 686(1)*a*)(ii).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Léger and Gagnon JJ.A.), 2010 QCCA 2289, 270 C.C.C. (3d) 50, [2011] R.J.Q. 18, 81 C.R. (6th) 336, [2010] Q.J. No. 13599 (QL), 2010 CarswellQue 14778, SOQUIJ AZ-50700564, setting aside the convictions for sexual assault and aggravated assault entered by Bisson J.C.Q., 2008 QCCQ 629, [2008] J.Q. nº 994 (QL), 2008 CarswellQue 986, SOQUIJ AZ-50473926. Appeal dismissed.

Caroline Fontaine and *Magalie Cimon*, for the appellant.

Christian Desrosiers, for the respondent.

Christine Rideout, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Jonathan Shime, *Corie Langdon*, *Richard Elliott* and *Ryan Peck*, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, the Positive Living Society of British Columbia, the Canadian AIDS Society, the Toronto People With AIDS Foundation, the Black Coalition for AIDS Prevention and the Canadian Aboriginal AIDS Network.

P. Andras Schreck and *Candice Suter*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Michael A. Feder and *Angela M. Juba*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

François Dadour, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

Lucie Joncas and *François Côté*, for the intervener Institut national de santé publique du Québec.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] This appeal, like the companion appeal, *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Léger et Gagnon), 2010 QCCA 2289, [2011] R.J.Q. 18, 270 C.C.C. (3d) 50, 81 C.R. (6th) 336, [2010] J.Q. nº 13599 (QL), 2010 CarswellQue 13482, SOQUIJ AZ-50700564, qui a annulé les déclarations de culpabilité d'agression sexuelle et de voies de fait graves inscrites par le juge Bisson, 2008 QCCQ 629, [2008] J.Q. nº 994 (QL), 2008 CarswellQue 986, SOQUIJ AZ-50473926. Pourvoi rejeté.

Caroline Fontaine et *Magalie Cimon*, pour l'appelante.

Christian Desrosiers, pour l'intimée.

Christine Rideout, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Jonathan Shime, *Corie Langdon*, *Richard Elliott* et *Ryan Peck*, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, la Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention et le Réseau canadien autochtone du sida.

P. Andras Schreck et *Candice Suter*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Michael A. Feder et *Angela M. Juba*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

François Dadour, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

Lucie Joncas et *François Côté*, pour l'intervenant l'Institut national de santé publique du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] À l'instar du pourvoi connexe *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, le présent

raises the question of when an HIV-positive person's failure to disclose the condition to a sexual partner amounts to fraud vitiating consent under s. 265(3)(*c*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, with the result that the sexual act constitutes the offence of aggravated sexual assault. In *Mabior*, I hold that the realistic possibility of transmission of HIV should be disclosed and that the failure to do so amounts to fraud.

[2] In this case, D.C.'s viral load was undetectable, and the trial judge found no condom protection was used on one occasion before HIV status was disclosed (2008 QCCQ 629 (CanLII)). The Court of Appeal set aside the convictions on the ground that even without condom use, the requirement of a significant risk of serious bodily harm in the prior jurisprudence was not met, given the absence of any detectable HIV copies in D.C.'s blood (2010 QCCA 2289, 270 C.C.C. (3d) 50). This is contrary to the standard now proposed in *Mabior*. On the facts of this case, condom use was required to preclude a realistic possibility of HIV transmission.

[3] However, I would dismiss the appeal but set aside the conviction on the ground that the trial judge erred in law in relying on speculation as confirmatory evidence in order to convict. But for this error, the trial judge would have acquitted D.C. Accordingly, the conviction cannot stand: s. 686(1)(*a*)(ii) of the *Criminal Code*.

II. The Facts

[4] D.C. learned that she was HIV-positive in 1991, after the death of her partner. She was treated with antiretrovirals, resulting in the undetectability of her viral load. In July of 2000, she met the complainant at a soccer match in which their sons were playing. In time, their relationship became intimate. Depending on whose account is believed,

pourvoi soulève la question de savoir dans quels cas l'omission d'une personne atteinte du SIDA de dévoiler sa séropositivité à un partenaire sexuel équivaut à une fraude viciant le consentement suivant l'al. 265(3)*c*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, de sorte que l'acte sexuel constitue une agression sexuelle grave. Dans l'arrêt *Mabior*, je conclus qu'il y a obligation de révéler la possibilité réaliste de transmission du VIH et que l'omission de s'y conformer constitue une fraude.

[2] Dans la présente affaire, la charge virale était indétectable, et le juge du procès a conclu que D.C. avait eu une relation sexuelle non protégée à une occasion avec le plaignant avant de l'informer de son état de santé (2008 QCCQ 629 (CanLII)). La Cour d'appel a annulé les déclarations de culpabilité au motif que, même si le condom n'avait pas été utilisé, l'exigence jurisprudentielle d'un risque important de lésions corporelles graves n'était pas remplie vu l'absence de copie détectable du VIH dans le sang de D.C. (2010 QCCA 2289, [2011] R.J.Q. 18). Ce raisonnement va à l'encontre de la norme désormais préconisée dans l'arrêt *Mabior*. Au vu des faits de l'espèce, il y avait obligation d'utiliser le condom pour exclure la possibilité réaliste de transmission du VIH.

[3] Cependant, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'annuler les déclarations de culpabilité, mais pour le motif que le juge du procès a commis une erreur de droit en se fondant sur des hypothèses comme s'il s'agissait d'éléments de preuve corroborants pour déclarer l'accusée coupable. N'eût été cette erreur, le juge du procès aurait acquitté D.C. Par conséquent, les déclarations de culpabilité ne sauraient être confirmées : sous-al. 686(1)*a*)(ii) du *Code criminel*.

II. Les faits

[4] En 1991, après le décès de son conjoint, D.C. a appris qu'elle était atteinte du sida. Elle a suivi un traitement aux antirétroviraux, ce qui a rendu sa charge virale indétectable. En juillet 2000, elle a rencontré le plaignant lors d'un match de soccer auquel leurs fils participaient. Avec le temps, leur relation est devenue intime. Ils ont eu une ou

they had sex on one or more occasions before D.C. disclosed her HIV status to the complainant. And depending on who was believed, a condom was or was not used; the complainant said no condom was used; D.C. said a condom was used.

[5] Upon learning that D.C. had HIV, the complainant broke off the relationship, but renewed it of his own initiative a few weeks later. They moved in together and lived as a family for four years. During this time, they had protected and unprotected sexual relations. The complainant has never contracted HIV.

[6] In December 2004, D.C., who had been briefly hospitalized, decided to end the relationship. She asked the complainant to leave the house. He refused. A few days later, D.C., accompanied by her son, went to the family home to remove her belongings. The encounter was violent. The complainant assaulted D.C. and her son. He was charged and convicted of assault.

[7] On February 11, 2005, the complainant filed complaints with the police. The Crown laid charges of sexual assault and aggravated assault against D.C., on the ground that when the complainant and D.C. first had sex four years earlier, D.C. had not disclosed the fact that she was HIV-positive.

III. The Trial Judgment, 2008 QCCQ 629 (CanLII)

[8] The trial judge, after a long and detailed assessment of the evidence, concluded that neither the complainant nor D.C. were credible witnesses.

[9] The trial judge found that there was one sexual encounter before disclosure, accepting D.C.'s evidence in preference to the complainant's on this point.

[10] The trial judge then addressed the requirement in *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, of a "significant risk of serious bodily harm" for there

plusieurs relations sexuelles avant que D.C. ne révèle sa séropositivité au plaignant, selon que l'on ajoute foi à la version des faits de l'un ou de l'autre. Il y a alors eu ou non usage du condom, toujours selon la version à laquelle on prête foi : le plaignant soutient que la ou les relations n'ont pas été protégées, et D.C. affirme le contraire.

[5] Après avoir appris que D.C. était séropositive, le plaignant l'a quittée, mais il a renoué avec elle de sa propre initiative quelques semaines plus tard. Ils ont emménagé ensemble, puis mené une vie de famille pendant quatre ans. Pendant cette période, leurs relations sexuelles ont parfois été protégées, parfois non. Le plaignant n'a jamais contracté le VIH.

[6] En décembre 2004, après avoir été brièvement hospitalisée, D.C. a décidé de mettre fin à la relation. Elle a demandé au plaignant de quitter le domicile, mais il a refusé. Quelques jours plus tard, D.C. s'est rendue au domicile familial en compagnie de son fils pour prendre ses effets personnels. La rencontre a pris une tournure violente. Le plaignant a agressé D.C. et son fils. Inculpé de voies de fait, il a été déclaré coupable de l'infraction.

[7] Le 11 février 2005, le plaignant a porté plainte à la police. Le ministère public a inculpé D.C. d'agression sexuelle et de voies de fait graves au motif que, lors de sa première relation sexuelle avec le plaignant quatre ans plus tôt, elle ne lui avait pas révélé sa séropositivité.

III. Le jugement de première instance, 2008 QCCQ 629 (CanLII)

[8] À l'issue d'un examen long et détaillé de la preuve, le juge du procès conclut que ni le plaignant ni D.C. ne sont des témoins crédibles.

[9] Il arrive à la conclusion qu'il n'y a eu qu'une seule relation sexuelle avant que D.C. ne dévoile sa séropositivité, préférant le témoignage de D.C. sur ce point à celui du plaignant.

[10] Il se penche ensuite sur l'exigence — établie par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371 — d'un « risque important de lésions

to be sexual assault from non-disclosure of HIV status. The evidence was that engaging in vaginal intercourse carried with it a basic infection risk of 0.1% — similar to the basic infection risk for Mr. Mabior — according to medical experts (para. 179). The trial judge correctly concluded that two facts were relevant to preclude a realistic possibility of transmission: (1) D.C.'s undetectable viral load; and (2) whether a condom was used.

[11] The critical issue in the trial was whether a condom had been used on the single occasion of pre-disclosure sex. The evidence on this conflicted. The complainant testified for the prosecution that no condom had been used. D.C., however, testified that a condom had been used.

[12] The only evidence called by the prosecution on the issue of whether a condom was used on the pre-disclosure sexual contact was that of the complainant. The trial judge concluded that he could not accept the evidence of the complainant generally. More particularly, he found that the complainant's evidence, on its own, did not establish failure to use a condom on the relevant occasion. He found the credibility of the complainant to be undermined by the following:

- His behaviour during the long period that followed the initial sexual encounter, including sexual encounters during the four-year period of cohabitation with full knowledge of D.C.'s condition, waiting four years to make a complaint, and the aura of vengeance that surrounded the making of the complaints (paras. 152-54);
- The manner in which he gave his evidence (para. 152);
- The fact that he was mistaken as to the place of the pre-disclosure sexual encounter(s) (para. 155);

corporelles graves » pour qu'il y ait perpétration d'une agression sexuelle du fait de l'omission de révéler sa séropositivité. Selon la preuve, la relation sexuelle vaginale non protégée présente un risque de transmission de 0,1 %, un risque de base qui s'apparente à celui en cause dans l'affaire *Mabior*, au dire des experts médicaux (par. 179). Le juge du procès conclut à juste titre que deux éléments sont pertinents pour déterminer s'il y a une possibilité réaliste de transmission : (1) la charge virale indétectable de D.C. et (2) l'utilisation ou l'inutilisation du condom.

[11] Lors du procès, la question cruciale était celle de savoir si les parties avaient eu recours au condom lors de la seule relation sexuelle qu'ils avaient eue avant que D.C. n'informe le plaignant de sa séropositivité. La preuve sur ce point était contradictoire. Appelé à témoigner pour le compte de la poursuite, le plaignant a dit que la relation n'avait pas été protégée; D.C. a affirmé le contraire.

[12] Le seul témoignage présenté par la poursuite quant à savoir s'il y avait eu ou non usage du condom lors de la relation sexuelle antérieure au dévoilement de la séropositivité de D.C. était celui du plaignant. Le juge du procès dit ne pas pouvoir ajouter foi au témoignage du plaignant en général. Il conclut plus particulièrement que ce témoignage ne suffit pas, à lui seul, pour établir l'omission d'utiliser le condom lors de la relation sexuelle en cause. Selon lui, la crédibilité du plaignant est minée par ce qui suit :

- son comportement pendant la longue période qui a suivi la première relation sexuelle, notamment son activité sexuelle avec D.C. lors des quatre ans de cohabitation (et ce, en connaissant très bien son état de santé), les quatre années écoulées avant qu'il ne porte plainte, de même que l'esprit de vengeance qui l'animait (par. 152-154);
- la manière dont il a témoigné (par. 152);
- le fait qu'il s'est trompé sur l'endroit où il aurait eu une ou plusieurs relations sexuelles avec D.C. avant qu'elle ne lui révèle sa séropositivité (par. 155);

- Lack of precision as to the number of pre-disclosure sexual encounters (para. 155);

- Inconsistencies with the evidence of Dr. Klein, D.C.'s physician at the time; he stated that he discussed with Dr. Klein the unprotected relations he had had with D.C., but Dr. Klein had no memory or notes of such discussions, leading the trial judge to conclude they had not taken place (para. 156);

- The fact that he referred to having met Dr. Klein at all the medical appointments, but that Dr. Klein did not mention this in her evidence (para. 157);

- His denial that he told the police officer: (1) that his partner had HIV and had infected him; (2) that he did not use a condom because he did not like to do so; and (3) that he continued to have unprotected sexual relations with D.C. after she disclosed her condition. On these points, the trial judge said he had no reason to reject the testimony of the police officer (para. 158).

[13] The trial judge went on to hold that while the credibility of the complainant was tainted by these considerations, there was independent proof that permitted him to infer that a condom had not been used. This evidence, he said, confirmed the complainant's evidence that a condom had not been used on the single occasion of pre-disclosure sex (para. 159).

[14] According to the trial judge, the medical note written by Dr. Klein and the inferences he drew from it amounted to [TRANSLATION] "independent evidence" confirming the complainant's evidence of unprotected sex (para. 159). Dr. Klein had no independent recollection of her conversation with D.C., only what was mentioned in her note: "Sex c new partner — condom broke — consl to disclo".

- l'imprécision du nombre de relations sexuelles qu'il a prétendu avoir eues avec D.C. avant qu'elle ne l'informe de son état de santé (par. 155);

- l'incompatibilité de son témoignage avec celui de la D^re^ Klein, le médecin de D.C. : il a dit avoir discuté avec elle de ses relations sexuelles non protégées avec D.C., alors qu'elle n'en avait aucun souvenir et ne l'avait pas inscrit à son dossier (le juge en conclut que les échanges allégués n'ont pas eu lieu) (par. 156);

- le fait qu'il a dit avoir rencontré la D^re^ Klein à tous les rendez-vous, alors que la D^re^ Klein n'en a pas fait mention dans son témoignage (par. 157);

- son refus de reconnaître avoir dit au policier (1) que sa conjointe était porteuse du VIH et qu'elle le lui avait transmis, (2) qu'il n'utilisait pas de condom parce qu'il n'aimait pas ça et (3) qu'il avait continué à avoir des relations sexuelles non protégées avec D.C. après qu'elle lui eut révélé son état de santé (le juge dit n'avoir aucun motif de rejeter le témoignage du policier sur ces points) (par. 158).

[13] Le juge du procès ajoute que même si ces considérations minent la crédibilité du plaignant, un élément de preuve indépendant lui permet d'inférer l'absence de protection au moyen d'un condom. Il estime que cet élément de preuve corrobore le témoignage du plaignant selon lequel le condom n'a pas été utilisé lors de la seule relation sexuelle antérieure à la révélation de sa séropositivité par D.C. (par. 159).

[14] De l'avis du juge du procès, la note de la D^re^ Klein et les inférences qu'il en tire forment un « élément de preuve indépendant » qui confirme le témoignage du plaignant voulant qu'il y ait eu des rapports sexuels non protégés (par. 159). La D^re^ Klein n'avait aucun souvenir personnel de sa conversation avec D.C.; elle n'a pu faire état que du contenu de sa note au dossier : [TRADUCTION] « Rapp. sex. avec nouv. partenaire — rupture de condom — recomm. de révéler ».

[15] From this, the trial judge drew a series of inferences. He took for granted that D.C. told Dr. Klein a condom was worn but had broken (para. 160). He inferred this was a lie by assuming she wanted to camouflage from her doctor the fact that she had unprotected sex (para. 168). From this inference of a lie, the trial judge drew a further inference that no condom had been used, confirming the complainant's evidence on that point (para. 171). On this basis, the trial judge concluded the prosecution had established beyond a reasonable doubt that D.C. was guilty of sexual assault and aggravated assault.

IV. The Court of Appeal, 2010 QCCA 2289, 270 C.C.C. (3d) 50

[16] One of D.C.'s main grounds of appeal was that the trial judge had erred in inferring that a condom was not used on the basis of Dr. Klein's evidence, because (a) the evidence was privileged; (b) D.C. had been improperly cross-examined on the note; and (c) the judge erred in characterizing the evidence as "independent evidence" that a condom had not been used, and the judge's inferences from it amounted to speculation.

[17] I agree with the Court of Appeal that the first two submissions in support of this ground of appeal are without merit. However, with respect, I cannot agree that the third should be dismissed.

[18] On the third argument, the Court of Appeal correctly concluded that Dr. Klein's note that D.C. had spoken of a broken condom was not independent evidence, and that the trial judge had erred in treating it as such. The Court of Appeal stated:

> [TRANSLATION] Regarding the medical visit on August 31, 2000, Dr. Klein testified from her patient file. She had no memory of [D.C.'s] remarks. This is not, in my opinion, independent evidence. The notes put in the medical file do nothing more than convey, in abridged form, [D.C.'s] remarks of August 31, 2000,

[15] Le juge du procès tire dès lors une série d'inférences. Il tient pour acquis que D.C. a dit à la D^re^ Klein qu'un condom avait été utilisé, mais qu'il s'était rompu (par. 160). Il tire une inférence de cette prétendue affirmation de D.C., à savoir qu'elle a menti au sujet de l'utilisation du condom afin de dissimuler son imprudence à son médecin (par. 168). De cette inférence, le juge tire une inférence supplémentaire, à savoir qu'aucun condom n'a été utilisé. Cette inférence confirme le témoignage du plaignant concernant l'inutilisation d'un condom (par. 171). Le juge arrive ainsi à la conclusion que la poursuite a démontré hors de tout doute raisonnable que D.C. était coupable d'agression sexuelle et de voies de fait graves.

IV. La Cour d'appel, 2010 QCCA 2289, [2011] R.J.Q. 181

[16] En appel, D.C. a notamment fait valoir que le juge du procès avait eu tort de conclure à l'inutilisation du condom sur la foi du témoignage de la D^re^ Klein, car a) il s'agissait d'un élément de preuve visé par le privilège de la confidentialité, b) D.C. avait été contre-interrogée de manière irrégulière relativement à la note du médecin et c) le juge avait conclu à tort qu'un « élément de preuve indépendant » établissait l'inutilisation du condom, et les inférences qu'il en avaient tirées relevaient de la conjecture.

[17] Je conviens avec la Cour d'appel que les deux premières prétentions formulées dans le cadre de ce moyen d'appel sont sans fondement. Mais, en tout respect, je ne puis souscrire à son avis qu'il faut également rejeter la troisième prétention.

[18] En ce qui concerne cette troisième prétention, la Cour d'appel conclut à bon droit que la note de la D^re^ Klein faisant état de la rupture de condom signalée par D.C. ne constitue pas un élément de preuve indépendant, et que le juge du procès a eu tort de la considérer comme tel. Voici ce que dit la Cour d'appel à ce sujet :

> Concernant la visite médicale du 31 août 2000, la D^re^ Klein témoigne à partir du dossier de sa patiente. Elle n'a aucun souvenir des propos tenus par [D.C.]. Il ne s'agit pas, selon moi, d'une preuve indépendante. Les notes consignées au dossier médical ne font que traduire, en forme très abrégée, les propos tenus par [D.C.]

seven years before the trial and four years before the charges. [para. 52, *per* Chamberland J.A.]

[19] However, having concluded that Dr. Klein's evidence was not independent evidence, the Court of Appeal went on:

[TRANSLATION] Regardless of the exact characterization of this evidence, however, the trial judge infers from the lie he attributes to [D.C.] that her first sexual encounter with the complainant was unprotected, thus confirming the complainant's version. [para. 53]

The question, the court said, was whether this was a reasonable inference or mere speculation. It concluded that the trial judge's reasoning was a reasonable inference to draw from [TRANSLATION] "what he considered to be [D.C.'s] lie to her doctor".

[TRANSLATION] From the moment the judge, who had the opportunity to hear and assess [D.C.'s] testimony regarding the visit to Dr. Klein, concluded that [D.C.] had lied regarding the use of a condom, he was perfectly free to infer that a condom had not been used. [para. 56]

This was a factual inference, the court concluded, not speculation.

[20] However, the Court of Appeal went on to state that when the judge tried to explain why D.C. had lied to her doctor — that she wanted to camouflage her omission by reassuring her doctor — he was speculating.

[TRANSLATION] People lie for all manner of reasons. Why accept this explanation rather than another? I believe that, on this point, the judge was speculating. But the fact that this part of the trial judge's reasoning constitutes conjecture does not affect the validity of the inference of fact drawn from [D.C.'s] lie to her doctor concerning the use of a condom. [para. 60]

V. The Problem

[21] The trial judge found both the complainant and D.C. to lack credibility, but convicted D.C. on the basis that there was independent evidence confirming the complainant's evidence that no condom was worn on the incident of pre-disclosure sex. The central problem is that, as explained below, there was no evidence, independent or otherwise,

le 31 août 2000, sept ans avant le procès et quatre ans avant les accusations. [par. 52, le juge Chamberland]

[19] Cependant, après avoir conclu que le témoignage de la D^re^ Klein n'équivalait pas à une preuve indépendante, elle ajoute :

Mais peu importe la qualification exacte de cette preuve, le juge tire du mensonge qu'il impute à [D.C.] la conclusion que sa première relation sexuelle avec le plaignant était non protégée, ce qui confirme ce que disait le plaignant. [par. 53]

Selon la Cour d'appel, la question est celle de savoir s'il s'agit d'une inférence raisonnable ou d'une simple conjecture. Elle conclut que le raisonnement du juge du procès participe d'une inférence qu'il pouvait raisonnablement tirer de « ce qu'il considère être le mensonge de [D.C.] à son médecin ».

À partir du moment où le juge conclut que [D.C.] — dont il a eu le loisir d'entendre et d'apprécier le témoignage concernant cette visite à la D^re^ Klein — mentait quant à l'utilisation du condom, il lui était tout à fait loisible d'inférer qu'il n'y avait pas eu utilisation du condom. [par. 56]

Il s'agit selon elle d'une inférence factuelle, non d'une conjecture.

[20] La Cour d'appel ajoute toutefois que le juge recourt à une conjecture pour expliquer le mensonge de D.C. à son médecin : elle aurait voulu dissimuler son omission en rassurant son médecin.

Les gens mentent pour toutes sortes de raisons. Pourquoi retenir cette explication plutôt qu'une autre? Ici, je crois que le juge spécule. Mais le fait que ce volet du raisonnement du juge de première instance constitue une spéculation n'affecte en rien la validité de l'inférence factuelle qu'il tir[e] du mensonge de [D.C.] à son médecin concernant l'utilisation du condom. [par. 60]

V. L'erreur du juge du procès

[21] Même s'il estime que le plaignant et D.C. manquent tous deux de crédibilité, le juge du procès déclare cette dernière coupable au motif qu'un élément de preuve indépendant confirme le témoignage du plaignant selon lequel il n'a pas enfilé de condom lors de la relation sexuelle antérieure à la révélation de la séropositivité de D.C. Comme je

capable of corroborating the complainant's contention that a condom was not used on the first sexual encounter.

[22] The evidence relied on by the trial judge as confirmation that no condom was worn was based on inferences from a note in the respondent D.C.'s doctor's records. For the following reasons, I conclude that the note and inferences are not evidence capable of confirming the complainant's otherwise unsatisfactory evidence. As a consequence, the verdict must be set aside.

[23] First, as discussed, the note did not confirm that a condom had not been worn on the critical occasion. Rather, it said one had been worn, but broke.

[24] Second, the note is of dubious evidentiary quality. It was made in the course of a client interview, seven years earlier. Dr. Klein had no independent recollection of its contents. The note is cryptic: "Sex c new partner — condom broke — consl to disclo". The possibility of miscommunication or inaccurate transcription cannot be discounted. (The conversation was in French, but Dr. Klein's first language was English.)

[25] Third, the trial judge's inference from the note *that D.C. lied to her doctor* is speculative. He took as true that D.C. had told Dr. Klein that a condom was worn but had broken. D.C. testified that she expressed her fear that the condom might have broken to Dr. Klein. The trial judge rejected her explanation for "condom broke" in the note as inadequate. But that does not establish that D.C. also lied to Dr. Klein with respect to the use of a condom, on which both her testimony and the medical note are consistent. The trial judge's conclusion that D.C. lied to Dr. Klein regarding the use of a condom lacks an evidentiary basis and, as such, is speculative.

l'explique ci-après, l'erreur fondamentale du juge du procès tient à ce qu'aucune preuve indépendante ni aucune autre preuve n'est susceptible de corroborer la prétention du plaignant, à savoir que la première relation sexuelle n'a pas été protégée.

[22] Selon le juge du procès, une série d'inférences tirées d'une note versée au dossier du médecin de D.C. confirme l'inutilisation du condom. Pour les motifs qui suivent, je conclus que ni cette note ni ces inférences ne sont des éléments de preuve de nature à confirmer le témoignage par ailleurs non convaincant du plaignant. Le verdict doit donc être annulé.

[23] Premièrement, je le répète, la note ne confirme pas l'inutilisation du condom lors de la relation sexuelle en cause. Elle dit plutôt qu'un condom a été utilisé, mais qu'il s'est rompu.

[24] Deuxièmement, la valeur probante de la note est douteuse. Elle a été rédigée sept ans auparavant lors d'un entretien avec une patiente. La D^re^ Klein n'a pas de souvenir personnel de son contenu. La note est succincte : [TRADUCTION] « Rapp. sex. avec nouv. partenaire — rupture de condom — recomm. de révéler ». On ne peut écarter la possibilité d'un malentendu ou d'une transcription inexacte. (La consultation s'est déroulée en français, mais la langue première de la D^re^ Klein est l'anglais.)

[25] Troisièmement, l'inférence selon laquelle *D.C. a menti à son médecin* relève de la conjecture. Le juge du procès tient pour avéré que D.C. a dit à la D^re^ Klein qu'un condom avait été utilisé, mais qu'il s'était rompu. D.C. a dit avoir fait part à la D^re^ Klein de sa crainte qu'il n'y ait eu rupture du condom. Le juge du procès rejette son explication de la mention [TRADUCTION] « rupture de condom » dans la note, car il la juge insatisfaisante. Or, cela ne prouve pas que D.C. a aussi menti à la D^re^ Klein en ce qui concerne l'utilisation d'un condom, point sur lequel il y a concordance entre son témoignage et la note du médecin. La conclusion du juge du procès voulant que D.C. ait menti à la D^re^ Klein au sujet de l'utilisation du condom n'est pas étayée par la preuve et tient donc de la conjecture.

[26] Fourth, the trial judge's further inference that D.C. "lied" *to conceal from her doctor the fact she had had unprotected sex* was speculative. Having concluded that D.C. lied to her doctor, the trial judge asked, [TRANSLATION] "Why did she not tell her doctor the truth?" He then answered: "The only inference that can be drawn is that she wanted to hide from her doctor the carelessness she had shown in having unprotected sexual relations with a new partner, the complainant" (paras. 167-68). As the Court of Appeal pointed out, people may lie for many reasons. To fix on one possibility among others is speculative.

[27] The Court of Appeal concluded that the speculative nature of the trial judge's finding that D.C. lied to her doctor to hide the fact that she had had unprotected sex with the complainant did not matter. The court said, at para. 60: [TRANSLATION] "But the fact that this part of the trial judge's reasoning constitutes conjecture does not affect the validity of the inference of fact drawn from [D.C.'s] lie to her doctor concerning the use of a condom". With respect, it did matter. There is a distinction between speculation and evidence.

[28] In brief, the trial judge needed evidence confirming that a condom had not been used in order to convict, given the lack of credibility of the complainant. He purported to find that evidence in a conclusion that D.C. lied to her doctor to hide the fact that a condom had not been used. But when his reasoning is deconstructed, what emerges is not evidence, but a series of speculative conclusions about a supposed lie and the motives for it based on a note made seven years earlier that did not constitute independent evidence. The tissue of speculation on which the trial judge relied was not independent evidence confirming the testimony of the complainant, which the trial judge would otherwise have rejected.

[26] Quatrièmement, l'autre inférence du juge du procès — à savoir que D.C. a « menti » *à son médecin pour lui cacher le fait qu'elle avait eu une relation sexuelle non protégée* — relève de la conjecture. Après avoir conclu que D.C. avait ainsi menti, il demande : « Pourquoi ne pas dire la vérité à son médecin? » Ce à quoi il répond : « La seule inférence qu'il est possible de tirer est qu'elle a voulu cacher à son médecin son incurie d'avoir eu une relation sexuelle non protégée avec son nouveau partenaire, le plaignant » (par. 167-168). Comme le souligne la Cour d'appel, les gens mentent pour toutes sortes de raisons. C'est conjecturer que de retenir une possibilité plutôt qu'une autre.

[27] Selon la Cour d'appel, la nature conjecturale de la conclusion du juge du procès selon laquelle D.C. a menti à son médecin pour dissimuler le fait qu'elle avait eu une relation sexuelle non protégée avec le plaignant importe peu. Elle affirme ce qui suit au par. 60 de ses motifs : « Mais le fait que ce volet du raisonnement du juge de première instance constitue une spéculation n'affecte en rien la validité de l'inférence factuelle qu'il tir[e] du mensonge de [D.C.] à son médecin concernant l'utilisation du condom ». En tout respect, la nature conjecturale de cette conclusion importe, car il faut distinguer entre conjecture et preuve.

[28] En résumé, vu l'absence de crédibilité du plaignant, le juge du procès ne pouvait rendre un verdict de culpabilité que s'il disposait d'une preuve confirmant l'inutilisation du condom. Il a tenté d'ériger en élément de preuve son inférence suivant laquelle D.C. a menti à son médecin pour dissimuler son omission d'utiliser un condom. Mais une fois son raisonnement décortiqué, il en ressort non pas une preuve, mais une série de conclusions conjecturales concernant un prétendu mensonge et ce qui l'aurait motivé. Ces conclusions sont tirées à partir d'une note rédigée sept ans auparavant qui ne constitue pas une preuve indépendante. L'échafaudage de conjectures sur lequel se fonde le juge du procès n'équivaut pas à un élément de preuve indépendant qui corrobore le témoignage du plaignant. Sans ces conjectures, le juge du procès aurait rejeté ce témoignage.

VI. Disposition

[29] To convict, it was necessary to establish beyond a reasonable doubt that D.C. failed to disclose her HIV status to the complainant, where there was a significant risk of serious bodily harm. As discussed in *Mabior*, a significant risk of serious bodily harm, in the case of HIV, is found in the presence of a realistic possibility of transmission and is negated by both low viral load and condom protection. Here low — indeed undetectable — viral load was established. The critical issue on the trial was therefore whether a condom was used on the single pre-disclosure act of sexual intercourse between the complainant and D.C.

[30] The only evidence on the point was that of the complainant and D.C. The complainant testified no condom was used; D.C. testified a condom was used. The trial judge found that neither witness was credible. If the matter had ended there, D.C. would have been acquitted, since the prosecution bears the burden of proving guilt beyond a reasonable doubt. However, as discussed above, the trial judge went on to find independent evidence confirming the complainant's testimony that no condom was used, in the note of D.C.'s doctor referring to a broken condom. He concluded from this note that D.C. had lied to her doctor, and went on to infer from the "lie" that no condom had been worn. The speculative edifice the trial judge built on a single hearsay note made seven years before the trial does not constitute evidence that no condom was used. It follows, on the trial judge's analysis, that the prosecution failed to prove D.C.'s guilt on the charges against her beyond a reasonable doubt. Accordingly, the verdict must be set aside.

[31] I would therefore dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Longueuil.

VI. Dispositif

[29] Pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, il fallait établir hors de tout doute raisonnable que D.C. n'avait pas informé le plaignant de sa séropositivité alors qu'elle lui faisait courir un risque important de lésions corporelles graves. Comme nous le précisons dans l'arrêt *Mabior*, la possibilité réaliste de transmettre le VIH crée un risque important de lésions corporelles graves. Ce risque est écarté à la fois par une faible charge virale et par l'usage du condom. Une charge virale faible — voire indétectable — a été établie en l'espèce. La question cruciale qui se posait au procès était donc celle de savoir si le plaignant et D.C. avaient utilisé un condom lors de l'unique relation sexuelle qu'ils avaient eue avant que D.C. n'informe le plaignant de sa séropositivité.

[30] Les seuls témoignages entendus sur ce point sont ceux du plaignant et de D.C. Le premier a prétendu qu'ils n'avaient pas utilisé de condom, tandis que la seconde a affirmé le contraire. Le juge du procès a conclu que ni l'un ni l'autre n'étaient crédibles. Si les choses en étaient restées là, D.C. aurait été acquittée, car il incombait à la poursuite d'établir sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cependant, je le rappelle, le juge du procès a ensuite vu dans la note du médecin de D.C. faisant mention d'une rupture de condom un élément de preuve indépendant qui confirmait le témoignage du plaignant selon lequel la relation n'avait pas été protégée. Il en a conclu que D.C. avait menti à son médecin, inférant en outre de ce « mensonge » l'inutilisation du condom. Les conjectures que le juge du procès échafaude à partir d'une seule note qui constitue du ouï-dire et qui a été rédigée sept ans plus tôt ne prouvent pas l'inutilisation du condom. Au vu de l'analyse du juge du procès, la poursuite n'a donc pas établi hors de tout doute raisonnable la culpabilité de D.C. à l'égard des accusations qui pesaient contre elle. Par conséquent, le verdict doit être annulé.

[31] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Longueuil.

Solicitors for the respondent: Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

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

Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, the Positive Living Society of British Columbia, the Canadian AIDS Society, the Toronto People With AIDS Foundation, the Black Coalition for AIDS Prevention and the Canadian Aboriginal AIDS Network: Cooper & Sandler, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck Presser, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Poupart, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener Institut national de santé publique du Québec: Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, la Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Positive Living Society of British Columbia, la Société canadienne du sida, Toronto People With AIDS Foundation, Black Coalition for AIDS Prevention et le Réseau canadien autochtone du sida : Cooper & Sandler, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck Presser, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Poupart, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenant l'Institut national de santé publique du Québec : Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Ewaryst Prokofiew *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Criminal Lawyers' Association of Ontario and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* PROKOFIEW

2012 SCC 49

File No.: 33754.

2011: November 8; 2012: October 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Failure to testify — Charge to jury — Accused did not testify but incriminated by co-accused's testimony — Co-accused's counsel inviting jury to infer accused's guilt from failure to testify — Trial judge refrained from giving remedial instruction to jury about accused's right to silence — Whether trial judge prohibited by Canada Evidence Act from affirming right to silence — Whether failure to give explicit remedial instruction constituted error — If so, whether curative proviso applicable — Canada Evidence Act, s. 4(6) — Criminal Code, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Evidence — Hearsay — Whether trial judge's erroneous admission of hearsay evidence sufficiently serious to preclude application of curative proviso — Criminal Code, s. 686(1)(b)(iii).

The Crown alleged that P and his co-accused, S, participated in a fraudulent scheme involving the fictitious sale of heavy equipment to generate harmonized sales tax that was then not remitted to the federal government

Ewaryst Prokofiew *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général du Québec, Criminal Lawyers' Association of Ontario et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* PROKOFIEW

2012 CSC 49

N° du greffe : 33754.

2011 : 8 novembre; 2012 : 12 octobre.

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

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

Droit criminel — Preuve — Défaut de témoigner — Exposé au jury — Témoignage d'un coaccusé incriminant l'accusé, qui n'a pas témoigné — Jury invité par l'avocat du coaccusé à inférer la culpabilité de l'accusé du défaut de ce dernier de témoigner — Abstention du juge du procès de donner au jury une directive correctrice au sujet du droit de l'accusé de garder le silence — La Loi sur la preuve au Canada interdit-elle au juge du procès de faire état du droit de garder le silence? — Le défaut de donner une directive correctrice explicite a-t-il constitué une erreur? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice est-elle applicable? — Loi sur la preuve au Canada, art. 4(6) — Code criminel, art. 686(1)b)(iii).

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — L'admission erronée de la preuve par ouï-dire par le juge du procès est-elle une erreur suffisamment grave pour faire obstacle à l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, art. 686(1)b)(iii).

Le ministère public a reproché à P et à son coaccusé, S, d'avoir participé à un stratagème frauduleux de vente fictive de machinerie lourde afin de percevoir la taxe de vente harmonisée, taxe qui n'était par la suite

as required. The fraudulent nature of the scheme was never challenged. The involvement of P and S in the scheme was also conceded. The question for the jury was whether either or both accused were aware of the fraudulent nature of the scheme. P did not testify, but was incriminated by S's testimony. In his closing address, S's counsel invited the jury to infer P's guilt from P's failure to testify. The trial judge refrained from giving a remedial instruction to the jury about P's right to silence. P was convicted and sentenced and his appeal was dismissed.

Held (McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ.: Section 4(6) of the *Canada Evidence Act* does not prohibit a trial judge from affirming an accused's right to silence. Conversely, the trial judge need not affirm the accused's right in every case, only where there is a realistic concern that the jury may place evidential value on an accused's decision not to testify. In such a case, the trial judge should make it clear to the jury that an accused's silence is not evidence and that it cannot be used as a makeweight for the Crown in deciding whether the Crown has proved its case.

In assessing the credibility and reliability of evidence upon which the Crown can and does rely, a jury is entitled to take into account, among other things, the fact that the evidence stands uncontradicted, if that is the case, and the jury may be so instructed. The fact that evidence is uncontradicted does not mean that the jury must accept it and an instruction to that effect should also be given.

In this case, S's counsel could have relied on the fact that his client had testified to argue that S was innocent and had "nothing to hide". Moreover, he could have emphasized that S's testimony stood uncontradicted and that the jury could consider this in assessing whether they believed his evidence or whether it left them in a state of reasonable doubt. What S's counsel could not do is mislead the jury on a matter of law. He could not invite the jury to use P's silence at trial as evidence, much less evidence of guilt.

pas remise au gouvernement fédéral comme elle devait l'être. Le caractère frauduleux du stratagème n'a jamais été contesté, et la participation de P et de S à ce stratagème a été admise. Le jury devait décider si l'un ou l'autre des accusés, ou les deux, étaient au fait du caractère frauduleux du stratagème. P n'a pas témoigné, mais il a été incriminé par le témoignage de S. Dans son exposé final, l'avocat de S a invité le jury à inférer du défaut de P de témoigner que celui-ci était coupable. Le juge du procès s'est abstenu de donner au jury une directive correctrice à propos du droit de P de garder le silence. P a été reconnu coupable et condamné, et son appel a été rejeté.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis : Le paragraphe 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'interdit pas au juge du procès de faire état du droit de l'accusé de garder le silence. En revanche, le juge n'est pas tenu de faire état de ce droit dans tous les cas, mais seulement dans ceux où il est réaliste de craindre que le jury accorde à la décision d'un accusé de ne pas témoigner une certaine valeur probante. En pareil cas, le juge du procès doit indiquer clairement aux jurés que le silence d'un accusé ne constitue pas un élément de preuve et qu'il ne peut être utilisé, en faveur du ministère public, pour décider si celui-ci a oui ou non établi le bien-fondé de sa thèse.

Lorsqu'il apprécie la crédibilité et la fiabilité de la preuve que le ministère public peut invoquer, et qu'il invoque effectivement, le jury est autorisé à tenir compte, entre autres, du fait que la preuve n'a pas été contredite, si c'est le cas, et une directive en ce sens peut lui être donnée. Le fait que la preuve ne soit pas contredite ne signifie pas que le jury doive l'accepter, et une directive à cet effet doit également lui être formulée.

En l'espèce, l'avocat de S aurait pu invoquer le fait que son client avait témoigné et plaider que celui-ci était innocent et n'avait « rien à cacher ». En outre, il aurait pu souligner que le témoignage de ce dernier n'avait pas été contredit et que les jurés pouvaient prendre ce fait en considération lorsqu'ils se demanderaient s'ils croyaient le témoignage de son client ou si ce témoignage laissait planer un doute raisonnable dans leur esprit. Ce que l'avocat de S ne pouvait pas faire en revanche, c'était induire le jury en erreur sur une question de droit. Il ne pouvait pas inviter le jury à considérer le silence de P au procès comme un élément de preuve, encore moins comme une preuve de la culpabilité de celui-ci.

While counsel's comment should not have been made, the judge would not have allowed the trial to proceed if he truly believed that the comment had irretrievably compromised P's fair trial rights. He only allowed it to proceed — with the acquiescence of P's counsel who did not move for severance — on the belief that he could disabuse the jury of the notion that P's silence at trial could be used as evidence of his guilt. Although an explicit remedial instruction from the trial judge would have been preferable, his jury charge, when considered as a whole, was adequate. The jury would have understood that the Crown could prove P's guilt only on the evidence and, as P's silence at trial did not constitute evidence, it could not be used to prove his guilt.

As for the hearsay evidence, the trial judge's error in admitting it was harmless and there is no realistic possibility that the verdict would have been different had the error not been made. The trial judge had warned the jury that this evidence should be approached with caution and other items of confirmatory evidence were available to the jury. Accordingly, this is a case where the curative proviso of s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* can safely be applied to uphold P's conviction.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. (dissenting): The trial judge erred in failing to instruct the jury that no adverse inference could be drawn from P's silence. Whenever there is a significant risk — as the trial judge found in this case — that the jury will otherwise treat the accused's silence as evidence of guilt, an appropriate remedial direction ought to be given to the jury. That was not done here.

Standard instructions on the definition of evidence, the presumption of innocence, the Crown's burden of proof and the reasonable doubt standard will not suffice. That is particularly true where, as here, counsel for one accused has suggested unmistakably to the jury that the guilt of a co-accused may be inferred from that person's failure to testify.

As a matter of principle, there is no reason why counsel whose client has testified cannot refer to that fact and suggest this indicates the client is innocent and has "nothing to hide". Counsel may certainly emphasize as well that the client's testimony stands uncontradicted, even when the client asserts his or her own innocence

L'avocat n'aurait pas dû faire le commentaire qu'il a fait, mais le juge n'aurait pas laissé le procès suivre son cours s'il avait vraiment estimé que ces remarques avaient irrémédiablement compromis le droit de P à un procès équitable. Le juge a simplement poursuivi l'instance — avec l'assentiment de l'avocat de P, qui n'a pas demandé la tenue de procès distincts —, en se disant qu'il pourrait éliminer dans l'esprit des jurés l'idée que le silence de P au procès pouvait être invoqué comme preuve de sa culpabilité. Bien qu'une directive correctrice explicite de la part du juge du procès eût été préférable, considéré globalement, son exposé au jury était adéquat. Le jury aura compris que le ministère public ne pouvait établir la culpabilité de P que sur la foi de la preuve et que, comme le silence de P au procès ne constituait pas un élément de preuve, il ne pouvait être utilisé pour prouver que ce dernier était coupable.

En ce qui concerne la preuve par ouï-dire, l'erreur qu'a commise le juge du procès en l'admettant était inoffensive et le verdict n'aurait pu réalistement être différent même si l'erreur n'avait pas été faite. Le juge du procès a prévenu les jurés que cet élément de preuve devait être abordé avec circonspection et qu'ils disposaient d'autres éléments de preuve confirmative. En conséquence, nous sommes en présence d'un cas où la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel* peut en toute confiance être appliquée pour confirmer la déclaration de culpabilité de P.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Cromwell (dissidents) : Le juge du procès a fait erreur en ne disant pas au jury qu'aucune inférence défavorable ne pouvait être tirée du silence de P. Une directive réparatrice adéquate doit être donnée au jury dès qu'il existe un risque important — tel celui constaté par le juge du procès en l'espèce — que, en l'absence d'une telle directive, le jury considère le silence de l'accusé comme une preuve de sa culpabilité. Cela n'a pas été fait en l'espèce.

Les directives habituellement données pour définir la preuve, la présomption d'innocence, le fardeau de preuve qui incombe au ministère public et le doute raisonnable ne suffisent pas. C'est particulièrement vrai dans les cas où, comme en l'espèce, l'avocat d'un accusé laisse clairement entendre au jury que la culpabilité d'un coaccusé peut s'inférer du défaut de celui-ci de témoigner.

En principe, rien n'empêche un avocat dont le client a témoigné de faire état de ce fait et de prétendre que cela tend à indiquer que ce dernier est innocent et « n'a rien à cacher ». Un avocat peut certainement souligner aussi que le témoignage de son client n'est pas contredit, même lorsque ce dernier clame son innocence et impute

and imputes guilt to the co-accused. The right to make full answer and defence is not constrained by the unfavourable impact its effective exercise may have on others in jeopardy of conviction. However, it is not absolute and cannot be exercised with total disregard for the constitutional rights of a co-accused, including that person's right not to have his or her silence treated as evidence of guilt.

In this case, the absence of a remedial direction is sufficient to require a new trial. Moreover, that error was exacerbated by the erroneous admission of hearsay evidence. On any view of the matter, neither of the errors committed by the trial judge can be characterized as trivial. In these circumstances, the Crown has not satisfied its onerous burden in invoking the curative proviso.

Cases Cited

By Fish J. (dissenting)

R. v. Noble, [1997] 1 S.C.R. 874; *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858; *McConnell v. The Queen*, [1968] S.C.R. 802; *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650; *R. v. Biladeau* (2008), 93 O.R. (3d) 365; *R. v. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Naglik* (1991), 3 O.R. (3d) 385, rev'd [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Pollock* (2004), 188 O.A.C. 37; *R. v. Oliver* (2005), 194 O.A.C. 284; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Kehler*, 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328; *R. v. Brooks* (1998), 41 O.R. (3d) 661.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 4(6).
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 16, 591(3)(*b*), 686(1)(*b*)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Feldman, MacPherson, Blair and Juriansz JJ.A.), 2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401, 256 C.C.C. (3d) 355, 264 O.A.C. 174, 77 C.R. (6th) 52, [2010] G.S.T.C. 87, 2010 G.T.C. 1044, [2010] O.J. No. 2498 (QL), 2010 CarswellOnt 3899, upholding the convictions for fraud entered

à son coaccusé la responsabilité des faits reprochés. Le droit à une défense pleine et entière n'est pas limité par l'effet défavorable que pourrait avoir son exercice effectif sur d'autres personnes risquant une condamnation. Toutefois, ce droit n'est pas absolu pour autant, et il ne peut être exercé au mépris total des droits constitutionnels d'un coaccusé, y compris le droit de cette personne de garder le silence sans que son silence soit considéré comme une preuve de sa culpabilité.

En l'espèce, l'absence de directive correctrice est suffisante pour obliger la tenue d'un nouveau procès. De plus, cette erreur a été exacerbée par l'admission erronée d'une preuve par ouï-dire. Quel que soit l'angle par lequel on les aborde, aucune des erreurs commises par le juge du procès ne saurait être qualifiée de négligeable. Dans ces circonstances, le ministère public n'a pas satisfait au lourd fardeau de preuve requis pour que s'applique la disposition réparatrice.

Jurisprudence

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Noble, [1997] 1 R.C.S. 874; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *McConnell c. The Queen*, [1968] R.C.S. 802; *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650; *R. c. Biladeau* (2008), 93 O.R. (3d) 365; *R. c. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Naglik* (1991), 3 O.R. (3d) 385, inf. par [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Pollock* (2004), 188 O.A.C. 37; *R. c. Oliver* (2005), 194 O.A.C. 284; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Kehler*, 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328; *R. c. Brooks* (1998), 41 O.R. (3d) 661.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 16, 591(3)*b*), 686(1)*b*)(iii).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 4(6).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Feldman, MacPherson, Blair et Juriansz), 2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401, 256 C.C.C. (3d) 355, 264 O.A.C. 174, 77 C.R. (6th) 52, [2010] G.S.T.C. 87, 2010 G.T.C. 1044, [2010] O.J. No. 2498 (QL), 2010 CarswellOnt 3899, qui a maintenu les déclarations de culpabilité pour

by Corbett J., [2005] G.S.T.C. 135, [2005] O.J. No. 1824 (QL), 2005 CarswellOnt 3201. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. dissenting.

Russell Silverstein and *Ingrid Grant*, for the appellant.

Jennifer M. Woollcombe and *Ivan S. Bloom*, *Q.C.*, for the respondent.

James C. Martin and *Richard Kramer*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sylvain Leboeuf and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

P. Andras Schreck and *Lucy Saunders*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Frank Addario, *Gerald Chan* and *Nader R. Hasan*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] MOLDAVER J. — The issue in this case is whether a trial judge is prohibited by s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 ("*CEA*"), from affirming an accused's right to silence. At trial, the Crown alleged that Mr. Prokofiew and his co-accused, Mr. Solty, participated in a fraudulent scheme involving the fictitious sale of heavy equipment to generate harmonized sales tax that was then not remitted to the federal government as required. The fraudulent nature of the scheme was never challenged. The involvement of Messrs. Prokofiew and Solty in the scheme was also conceded. The question for the jury was whether either or both accused were aware of the fraudulent nature of the scheme. Mr. Prokofiew did not testify, but was incriminated by Mr. Solty's testimony. In his closing address, Mr. Solty's counsel invited the jury to infer Mr. Prokofiew's guilt from the latter's failure to testify. The trial judge refrained from giving a remedial instruction to the jury about

fraude inscrites par le juge Corbett, [2005] G.S.T.C. 135, [2005] O.J. No. 1824 (QL), 2005 CarswellOnt 3201. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish et Cromwell sont dissidents.

Russell Silverstein et *Ingrid Grant*, pour l'appelant.

Jennifer M. Woollcombe et *Ivan S. Bloom*, *c.r.*, pour l'intimée.

James C. Martin et *Richard Kramer*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Sylvain Leboeuf et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

P. Andras Schreck et *Lucy Saunders*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Frank Addario, *Gerald Chan* et *Nader R. Hasan*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement des juges Deschamps, Abella, Rothstein, Moldaver et Karakatsanis rendu par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Il s'agit en l'espèce de décider si le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« *LPC* »), interdit au juge du procès de faire état du droit de l'accusé de garder le silence. Au procès, le ministère public a reproché à M. Prokofiew et à son coaccusé, M. Solty, d'avoir participé à un stratagème frauduleux de vente fictive de machinerie lourde afin de percevoir la taxe de vente harmonisée, laquelle n'a pas par la suite été remise au gouvernement fédéral comme elle devait l'être. Le caractère frauduleux du stratagème n'a jamais été contesté, et la participation de MM. Prokofiew et Solty à ce stratagème a été admise. Le jury devait déterminer si l'un ou l'autre des accusés, ou les deux, étaient au fait du caractère frauduleux du stratagème. Monsieur Prokofiew n'a pas témoigné, mais il a été incriminé par le témoignage de M. Solty. Dans son exposé final, l'avocat de M. Solty a invité le jury à inférer du défaut de M. Prokofiew de témoigner que celui-ci était coupable.

Mr. Prokofiew's right to silence. Mr. Prokofiew was convicted and sentenced ([2005] G.S.T.C. 135) and his appeal was dismissed by Doherty J.A. on behalf of a unanimous five-person panel of the Ontario Court of Appeal (2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401). Largely for the reasons given by Doherty J.A., I would dismiss Mr. Prokofiew's further appeal to this Court.

[2] I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Fish and I agree with much of his analysis. Where I disagree with him is in the result. I will explain our disagreement and why the appeal should be dismissed, but before doing so, I will address the matters on which my colleague and I agree — albeit with some additional observations.

I. Matters of Agreement

[3] My colleague and I agree that s. 4(6) of the *CEA* does not prohibit a trial judge from affirming an accused's right to silence. In so concluding, I should not be taken — nor do I understand my colleague to suggest — that such an instruction must be given in every case where an accused exercises his or her right to remain silent at trial. Rather, it will be for the trial judge, in the exercise of his or her discretion, to provide such an instruction where there is a realistic concern that the jury may place evidential value on an accused's decision not to testify.

[4] In cases where the jury is given an instruction on the accused's right to remain silent at trial, the trial judge should, in explaining the right, make it clear to the jury that an accused's silence is not evidence and that it cannot be used as a makeweight for the Crown in deciding whether the Crown has proved its case. In other words, if, after considering the whole of the evidence, the jury is not satisfied that the charge against the accused has been proven beyond a reasonable doubt, the jury cannot look to

Le juge du procès s'est abstenu de donner au jury une directive correctrice à propos du droit de M. Prokofiew de garder le silence. Ce dernier a été reconnu coupable et condamné ([2005] G.S.T.C. 135). S'exprimant au nom d'une formation unanime de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Doherty a rejeté son appel (2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401). En grande partie pour les motifs exposés par le juge d'appel Doherty, je suis d'avis de rejeter le pourvoi formé par M. Prokofiew devant notre Cour.

[2] J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Fish et, dans une large mesure, je souscris à son analyse. Je ne peux cependant pas me rallier au résultat qu'il propose. Je vais préciser la nature de notre désaccord ainsi que les raisons pour lesquelles l'appel devrait être rejeté, mais avant de le faire je vais examiner les points sur lesquels mon collègue et moi nous accordons — en formulant toutefois quelques observations additionnelles.

I. Points sur lesquels il y a accord

[3] Mon collègue et moi sommes d'accord pour dire que le par. 4(6) de la *LPC* n'interdit pas au juge du procès de faire état du droit de l'accusé de garder le silence. En concluant ainsi, je n'affirme pas — ni mon collègue d'ailleurs — qu'une telle directive doit être donnée chaque fois qu'un accusé exerce son droit de garder le silence au procès. Au contraire, il appartiendra au juge du procès, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de formuler une telle directive dans les cas où il est réaliste de craindre que le jury accorde à la décision d'un accusé de ne pas témoigner une certaine valeur probante.

[4] Dans les affaires où le jury reçoit une directive concernant le droit de l'accusé de garder le silence au procès, le juge qui explique ce droit doit indiquer clairement aux jurés que le silence d'un accusé ne constitue pas un élément de preuve et qu'il ne peut être utilisé, en faveur du ministère public, pour décider si celui-ci a oui ou non établi le bien-fondé de sa thèse. En d'autres mots, si après avoir examiné l'ensemble de la preuve les jurés ne sont pas convaincus que l'infraction reprochée à l'accusé a

the accused's silence to remove that doubt and give the Crown's case the boost it needs to push it over the line.

[5] The case at hand provides an example of a situation where such an instruction would be warranted — cut-throat defences where one accused testifies and points the finger at the other, while the other exercises his right not to testify. My colleague and I agree that, in summing up to the jury, Mr. Solty's counsel could have relied on the fact that his client had testified to argue that Mr. Solty was innocent and had "nothing to hide". Moreover, he could have emphasized that Mr. Solty's testimony stood uncontradicted and that the jury could consider this in assessing whether they believed his evidence or whether it left them in a state of reasonable doubt.

[6] What Mr. Solty's counsel could not do is mislead the jury on a matter of law. He could not invite the jury to use Mr. Prokofiew's silence at trial as evidence, much less evidence of guilt.

[7] In cases where there is a risk of counsel misleading the jury on a co-accused's right to remain silent at trial, trial judges would do well to spell out the governing principles and ensure that counsel's remarks conform to those principles. That way, the potential harm can be prevented from occurring, thereby sparing the need for a remedial instruction.

[8] In the context of the charge as a whole, I think it might be helpful to explain how a jury may use a lack of contradictory evidence in deciding whether the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt.

[9] Apart from a few notable exceptions — such as when an accused raises the defence of not

été prouvée hors de tout doute raisonnable, il leur est interdit de prendre en compte le silence de l'accusé afin de dissiper le doute qu'ils entretiennent encore et de permettre ainsi à la preuve du ministère public de satisfaire à la norme applicable.

[5] La présente affaire constitue un exemple de situation où une telle directive serait justifiée — présentation de défenses agressives par des coaccusés, dont l'un témoigne et pointe l'autre du doigt, alors que ce dernier exerce son droit de ne pas témoigner. Tout comme mon collègue, j'estime que l'avocat de M. Solty aurait pu, dans son exposé au jury, invoquer le fait que son client avait témoigné et plaider que celui-ci était innocent et n'avait « rien à cacher ». En outre, il aurait pu souligner que le témoignage de ce dernier n'avait pas été contredit et que les jurés pouvaient prendre ce fait en considération lorsqu'ils se demanderaient s'ils croyaient le témoignage de son client ou si ce témoignage laissait planer un doute raisonnable dans leur esprit.

[6] Ce que l'avocat de M. Solty ne pouvait pas faire en revanche, c'était induire le jury en erreur sur une question de droit. Il ne pouvait pas inviter le jury à considérer le silence de M. Prokofiew au procès comme un élément de preuve, encore moins comme une preuve de la culpabilité de celui-ci.

[7] Dans les cas où il existe un risque qu'un avocat induise le jury en erreur quant au droit d'un coaccusé de garder le silence au procès, le juge serait bien avisé d'expliquer en détail les principes pertinents et de s'assurer que les remarques de l'avocat sont conformes à ces principes. De cette façon, il est possible d'empêcher le préjudice potentiel de se produire et ainsi d'éviter de devoir donner une directive correctrice.

[8] Dans le contexte de l'ensemble de l'exposé du juge au jury, il pourrait à mon avis être utile d'expliquer comment un jury peut utiliser l'absence de preuve contradictoire lorsqu'il décide si le ministère public a prouvé ses allégations hors de tout doute raisonnable.

[9] Sauf dans quelques cas notables — par exemple lorsqu'un accusé invoque la défense de

criminally responsible on account of a mental disorder under s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 — in every criminal trial, juries are instructed that an accused has no obligation to prove anything. The onus of proof rests upon the Crown from beginning to end and it never shifts.

[10] Juries are also told that in deciding whether the Crown has proved its case to the criminal standard, they are to look to the whole of the evidence — and, having done so, they may only convict if they are satisfied, on the basis of evidence they find to be both credible and reliable, that the Crown has established the accused's guilt beyond a reasonable doubt. In coming to that conclusion, a jury may not use an accused's silence at trial as evidence, much less evidence of guilt, and, where appropriate, the jury should be so instructed.

[11] That said, in assessing the credibility and reliability of evidence upon which the Crown can and does rely, a jury is entitled to take into account, among other things, the fact that the evidence stands uncontradicted, if that is the case — and the jury may be so instructed. Of course, the fact that evidence is uncontradicted does not mean that the jury must accept it, and an instruction to that effect should be given.

II. Is a New Trial Required?

A. *Failure to Instruct the Jury on the Appellant's Right to Silence*

[12] In the course of his closing address to the jury, which covered 23 pages of transcript, counsel for Mr. Solty incorporated the following rhetorical question into his remarks: "Did [Mr. Prokofiew] have something to hide or did he simply have no response that could help him since there is no point in trying to contradict the truth?" (A.R., vol. V, at p. 17). That comment was improper in that it

non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux au sens de l'art. 16 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 —, les jurés se font rappeler, à l'occasion de chaque procès criminel, que l'accusé n'est pas tenu de prouver quoi que ce soit. Le fardeau de la preuve incombe au ministère public du début à la fin, et il n'est jamais inversé.

[10] Le tribunal précise également aux jurés que, pour décider si le ministère public a prouvé ses allégations selon la norme de preuve applicable en matière criminelle, ils doivent tenir compte de l'ensemble de la preuve et que, au terme de cet examen, ils ne peuvent déclarer l'accusé coupable que s'ils sont convaincus, sur le fondement des éléments de preuve qu'ils estiment crédibles et fiables, que le ministère public a établi la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Pour arriver à cette conclusion, le jury ne peut considérer le silence d'un accusé au procès comme un élément de preuve, encore moins comme une preuve de culpabilité, et, lorsqu'il convient de le faire, une directive à cet effet doit être donnée au jury.

[11] Cela dit, lorsqu'il apprécie la crédibilité et la fiabilité de la preuve que le ministère public peut invoquer, et qu'il invoque effectivement, le jury est autorisé à tenir compte, entre autres, du fait que la preuve n'a pas été contredite, si c'est le cas — et une directive en ce sens peut lui être donnée. Bien sûr, le fait que la preuve ne soit pas contredite ne signifie pas que le jury doive l'accepter, et une directive à cet effet doit lui être formulée.

II. Un nouveau procès est-il nécessaire?

A. *Le défaut de donner des directives au jury quant au droit de l'appelant de garder le silence*

[12] Dans le cours de son exposé final au jury, dont la transcription compte 23 pages, l'avocat de M. Solty a formulé la question rhétorique suivante : [TRADUCTION] « Avait-il [M. Prokofiew] quelque chose à cacher, ou n'avait-il tout simplement rien à opposer qui puisse l'aider, puisqu'il est futile d'essayer de réfuter la vérité? » (d.a., vol. V, p. 17). Ce commentaire était inacceptable, parce qu'il invitait

implicitly invited the jury to treat Mr. Prokofiew's silence at trial as evidence of guilt. It should not have been made.

[13] I note that the trial judge took umbrage at the remarks made by Mr. Solty's counsel. Initially, he stated that he would provide the jury with a strong remedial instruction. The following day, in an oral ruling delivered moments before he commenced his charge, the trial judge ruled that he was constrained by s. 4(6) of the *CEA* from giving the jury an explicit remedial instruction. In the same ruling, he remarked that there was a "significant risk" the jury would infer guilt from Mr. Prokofiew's silence, if he did not "give a proper charge to the jury" (A.R., vol. I, at p. 7).

[14] Despite his strong language, I consider it significant that neither the trial judge, on his own motion, nor counsel who was acting for Mr. Prokofiew at the time, raised the prospect of severance. The option of severing Mr. Prokofiew's trial from Mr. Solty's was clearly open if the trial judge believed that severance was warranted in the interests of justice: *Criminal Code*, s. 591(3)(*b*) — and it would have solved the problem if, as Mr. Prokofiew now argues and my colleague accepts, the risk identified by the trial judge was so great that it could not be overcome by instructions tailored to address, albeit indirectly, the erroneous message conveyed by Mr. Solty's counsel. Presumably, Mr. Prokofiew's trial counsel ascribed to the view that the judge's instructions to the jury would suffice, and thus refrained from moving for severance. I prefer to view the matter that way, rather than to treat his failure to move for severance as a tactical decision designed to preserve a ground of appeal should things go badly at trial.

[15] As for the trial judge, I cannot accept that he would have allowed the trial against Mr. Prokofiew to proceed if he truly believed that the

implicitement le jury à considérer le silence de M. Prokofiew au procès comme une preuve de sa culpabilité. Il n'aurait pas dû être fait.

[13] Je tiens à souligner que le juge du procès s'est offusqué des remarques formulées par l'avocat de M. Solty. D'ailleurs, il a initialement déclaré qu'il donnerait au jury des directives correctrices non équivoques à cet égard. Le jour suivant, dans une décision de vive voix rendue quelques instants avant le début de son exposé, le juge du procès a statué que le par. 4(6) de la *LPC* lui interdisait de donner au jury une directive correctrice explicite. Dans la même décision, il a mentionné qu'il existait un [TRADUCTION] « risque important » que le jury puisse inférer du silence de M. Prokofiew que ce dernier était coupable des infractions reprochées, s'il ne « fai[sait] pas un exposé adéquat au jury » (d.a., vol. I, p. 7).

[14] Malgré les propos non équivoques du juge du procès, je considère important le fait que ni ce dernier de son propre chef, ni l'avocat qui représentait M. Prokofiew à l'époque n'ont soulevé la possibilité de juger séparément M. Prokofiew et M. Solty. Il était clairement possible de tenir des procès distincts si le juge du procès était convaincu que les intérêts de la justice commandaient une telle mesure : *Code criminel*, al. 591(3)*b*) — et cela aurait réglé le problème si, comme le prétend maintenant M. Prokofiew, prétention à laquelle souscrit mon collègue, le risque mentionné par le juge du procès était si grand qu'il ne pouvait pas être écarté par des directives visant à corriger, bien qu'indirectement, l'effet du message erroné communiqué par l'avocat de M. Solty. L'avocat de M. Prokofiew était sans doute d'avis que les directives du juge au jury suffiraient et, pour cette raison, il s'est abstenu de demander la tenue de procès distincts. Je préfère retenir cette interprétation de son omission de demander la tenue de procès distincts, plutôt que considérer qu'il s'agissait d'une décision tactique visant à se ménager un motif d'appel si les choses tournaient mal au procès.

[15] En ce qui concerne le juge du procès, je ne puis accepter qu'il aurait laissé le procès contre M. Prokofiew suivre son cours s'il avait vraiment

impugned remarks had irretrievably compromised Mr. Prokofiew's fair trial rights. On the contrary, I am satisfied that he proceeded — with the acquiescence of Mr. Prokofiew's trial counsel — on the belief that he could disabuse the jury of the notion that Mr. Prokofiew's silence at trial could be used as evidence of his guilt. And that, in my view, is precisely what the trial judge proceeded to do.

[16] My colleague states that the trial judge's instructions "left [the jury] to determine for themselves, with no assistance from the judge, the evidentiary and legal effect of Mr. Prokofiew's failure to testify at trial" (para. 87). He further contends that, absent an explicit instruction from the trial judge, "[w]e have no basis for supposing that the jury understood . . . which [of the two] counsel had stated the law correctly" (para. 89). With respect, I do not share his view that the jury was left on its own without guidance, relegated in the end to choose, presumably as a matter of guesswork, which of the two counsel had accurately stated the law.

[17] First, the jury was told by the trial judge that he (the trial judge) was supreme in the law and that they must take the law from him. The jury was also told that if they had questions, they were to put the questions in writing and the trial judge would answer them in open court.

[18] In view of those instructions, I believe that if the jury had been faced with the quandary my colleague poses — as to which of the two counsel, who had made "diametrically opposite submissions on a fundamental principle of law" (para. 88), they should believe — they would have asked the trial judge for clarification. I do not accept that they would have left the matter to guesswork or any other form of conduct that would indicate that the jury was being untrue to its oath.

[19] As it is, the jury did not ask a question about the two "diametrically opposite submissions". That

estimé que les remarques contestées avaient irrémédiablement compromis le droit de M. Prokofiew à un procès équitable. Au contraire, je suis convaincu qu'il a poursuivi l'instance — avec l'assentiment de l'avocat de M. Prokofiew — en se disant qu'il pourrait éliminer dans l'esprit des jurés l'idée que le silence de M. Prokofiew au procès pouvait être invoqué comme preuve de sa culpabilité. Et, selon moi, c'est précisément ce que le juge du procès a fait.

[16] Mon collègue affirme que, à la suite des directives du juge du procès, les jurés « ont été laissés à eux-mêmes et ont dû déterminer seuls, sans aide de la part du juge, les conséquences juridiques ainsi que les conséquences du point de vue de la preuve du défaut de M. Prokofiew de témoigner au procès » (par. 87). Il dit de plus que, en l'absence de directive explicite du juge, « [r]ien ne nous permet de penser que le jury a su déterminer [. . .] lequel des avocats avait exposé correctement le droit » (par. 89). Avec égards, je ne peux me rallier à l'opinion du juge Fish selon laquelle les jurés ont été laissés à eux-mêmes, sans directive, et qu'ils ont vraisemblablement été obligés, en fin de compte, de deviner lequel des deux avocats avait exposé correctement le droit.

[17] Premièrement, le juge du procès a dit aux jurés que c'était lui (le juge) qui avait le dernier mot sur le droit applicable et qu'ils devaient s'en remettre à lui à cet égard. Il leur a également dit que, s'ils avaient des questions, ils devaient les formuler par écrit et qu'il y répondrait en salle d'audience.

[18] À la lumière de ces directives, j'estime que si les jurés avaient fait face au dilemme évoqué par mon collègue — à savoir déterminer lequel des avocats, qui avaient tous deux présenté « des observations diamétralement opposées sur un principe juridique fondamental » (par. 88), ils devaient croire — ils auraient demandé des précisions au juge du procès. Je n'accepte pas l'idée qu'ils se seraient livrés à des conjectures ou à tout autre comportement indiquant qu'ils ne respectaient pas leur serment.

[19] En fait, le jury n'a pas posé de question au sujet des « observations diamétralement opposées »

leads to a second area of disagreement with my colleague. It relates to the instructions the jury received and whether those instructions, though not explicit, were sufficient to overcome the risk that the trial judge had flagged — that the jury would use Mr. Prokofiew's silence at trial as evidence of guilt.

[20] As indicated, my colleague maintains that the jury received no assistance from the trial judge in this regard. They were "left free", he maintains, "to treat Mr. Prokofiew's failure to testify as evidence of his guilt and to convict him, at least in part, for that reason" (para. 92). With respect, I disagree. I prefer instead Doherty J.A.'s analysis of the instructions, and his conclusion that, considered in their entirety, the jury would have understood that the Crown could prove Mr. Prokofiew's guilt only on the evidence, that his silence at trial did not constitute evidence, and that it could therefore not be used to infer guilt.

[21] As Doherty J.A. points out, the trial judge made it clear to the jury that the Crown carried the burden of proof throughout the proceedings and that there was no obligation on the part of Mr. Prokofiew to present evidence or prove anything. The trial judge also emphasized that the jury was to base its verdict on the evidence given during the trial and nothing else. Importantly, he defined "evidence" as being "[o]nly things that are admitted, the exhibits and the things witnesses say in testimony before you" (A.R., vol. V, at p. 143). Like Doherty J.A., I believe the jury would have understood from this that Mr. Prokofiew's silence did not constitute evidence, and, as such, it could not be used in determining his guilt.

[22] My colleague points out that the trial judge did not give an explicit instruction to the jury about

des deux avocats. Cela m'amène à un deuxième point de désaccord avec mon collègue. Il a trait aux directives que le jury a reçues et à la question de savoir si, bien que non explicites, ces directives suffisaient pour écarter le risque que le juge du procès avait souligné — c'est-à-dire que le jury se serve du silence de M. Prokofiew au procès comme preuve de sa culpabilité.

[20] Comme je l'ai indiqué précédemment, mon collègue soutient que les jurés n'ont reçu aucune assistance de la part du juge du procès à cet égard. Selon lui, on les a « laissés libres de considérer le défaut de témoigner de M. Prokofiew comme une preuve de sa culpabilité et de le déclarer coupable, à tout le moins en partie, pour cette raison » (par. 92). En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Je préfère plutôt l'analyse qu'a faite le juge Doherty des directives et sa conclusion selon laquelle le jury a compris de ces directives, considérées globalement, que le ministère public ne pouvait prouver la culpabilité de M. Prokofiew que sur la foi de la preuve disponible, que son silence au procès ne constituait pas un élément de preuve et qu'il ne pouvait donc pas être utilisé pour inférer que l'accusé était coupable.

[21] Comme le souligne le juge d'appel Doherty, le juge du procès a clairement expliqué au jury que le ministère public avait le fardeau de la preuve tout au long de l'instance, et que M. Prokofiew n'était aucunement tenu de présenter des éléments de preuve ou de prouver quoi que ce soit. Le juge du procès a également souligné que le jury devait fonder son verdict sur la preuve soumise durant le procès et sur rien d'autre. Fait important, il a défini la « preuve » comme étant [TRADUCTION] « [u]niquement les choses qui sont admises, les pièces et ce que les témoins disent dans leurs dépositions devant vous » (d.a., vol. V, p. 143). À l'instar du juge d'appel Doherty, j'estime que le jury a compris de ces explications que le silence de M. Prokofiew ne constituait pas une preuve et que, pour cette raison il ne pouvait être utilisé pour statuer sur la culpabilité.

[22] Mon collègue indique que le juge du procès n'a donné aux jurés aucune directive explicite

the impropriety of using Mr. Prokofiew's silence at trial as evidence of guilt. I agree. However, I do not agree that the jury received no assistance from the trial judge on the matter. On the contrary, I am satisfied that the trial judge implicitly endorsed the remarks Mr. Prokofiew's counsel made in direct response to the improper remarks made by Mr. Solty's counsel. At the very least, the trial judge went a long way in that direction.

[23] In response to the impugned remarks, counsel for Mr. Prokofiew juxtaposed other jurisdictions in the world where accused persons were required to disprove their guilt with the situation in Canada:

> That is not, thankfully, the way things are done here in Canada. We have the luxury and we have the thankfulness that we have a system that requires the State to prove our guilt before a conviction or a finding of guilt can be entered.
>
> In this situation, this is the situation why Mr. Prokofiew does not have to call evidence, and this is why Mr. Prokofiew did not call evidence. [A.R., vol. V, at p. 27]

[24] In his instructions to the jury, the trial judge picked up on this theme and endorsed it as follows:

> Mr. Solty and Mr. Prokofiew do not have to present evidence or prove anything in this case. In particular, they do not have to prove that they are innocent of the crimes charged [*sic*]. From start to finish, it is the Crown that must prove guilt beyond a reasonable doubt. It is Crown counsel who must prove Mr. Solty's guilt and/or Mr. Prokofiew's guilt beyond a reasonable doubt, not Mr. Prokofiew or Mr. Solty who must prove their innocence. [A.R., vol. V, at p. 133]

Doherty J.A. observed that this jury instruction "tied the presumption of innocence into the burden of proof in a manner that spoke almost directly to the irrelevance of the appellant's failure to testify" (para. 49). I agree.

précisant qu'il leur était interdit de se servir du silence de M. Prokofiew au procès comme preuve de sa culpabilité. Je suis du même avis. Toutefois, je ne suis pas d'accord pour dire que les jurés n'ont reçu aucune assistance à cet égard de la part du juge du procès. Au contraire, je suis convaincu que le juge du procès a implicitement cautionné les remarques que l'avocat de M. Prokofiew a formulées en réponse directe aux commentaires inadmissibles de l'avocat de M. Solty. Il a à tout le moins fait un grand pas en ce sens.

[23] Répondant aux remarques litigieuses, l'avocat de M. Prokofiew a comparé la situation qui existe au Canada à celle qui existe dans d'autres pays du monde, où les accusés doivent prouver qu'ils ne sont pas coupables :

> [TRADUCTION] Ce n'est heureusement pas ainsi que les choses se passent au Canada. Nous avons le luxe et la gratitude [*sic*] de disposer d'un système dans lequel l'État est tenu de prouver la culpabilité de l'accusé avant qu'une condamnation ou un verdict de culpabilité puisse être prononcé.
>
> Dans cette situation, c'est la raison pour laquelle M. Prokofiew n'a pas à présenter de preuve, et c'est pourquoi il ne l'a pas fait. [d.a., vol. V, p. 27]

[24] Dans ses directives au jury, le juge du procès a repris cette idée et l'a approuvée en ces termes :

> [TRADUCTION] M. Solty et M. Prokofiew ne sont pas tenus de présenter de preuve ou de prouver quoi que ce soit en l'espèce. De façon plus particulière, ils n'ont pas à prouver qu'ils n'ont pas commis les crimes reprochés. Du début à la fin, c'est le ministère public qui doit prouver hors de tout doute raisonnable la culpabilité des accusés. C'est à l'avocat du ministère public qu'il incombe d'établir hors de tout doute raisonnable que M. Solty et/ou M. Prokofiew sont coupables, et non à M. Prokofiew ou à M. Solty de prouver leur innocence. [d.a., vol. V, p. 133]

Le juge d'appel Doherty a fait remarquer que cette directive au jury [TRADUCTION] « avait su rattacher la présomption d'innocence au fardeau de la preuve de façon telle que cela revenait presque directement à dire que le fait que l'appelant n'avait pas témoigné n'était pas pertinent » (par. 49). Je partage cet avis.

[25] In the face of an instruction that effectively endorsed the remarks of Mr. Prokofiew's counsel on the very issue of concern, I fail to see how it can be said that the trial judge left the jury to cast about on its own, with free rein to treat Mr. Prokofiew's failure to testify as evidence of his guilt and to convict him, at least in part, for that reason.

[26] In sum, while I agree that an explicit remedial instruction from the trial judge would have been preferable — and would have been warranted in these circumstances — I am satisfied that the instructions that were given in the instant case, when considered as a whole, were adequate. Like Doherty J.A., I am confident that the jury would have understood, in the context of the entirety of the instructions, that the Crown could prove Mr. Prokofiew's guilt only on the evidence and, as Mr. Prokofiew's silence at trial did not constitute evidence, it could not be used to prove his guilt. However, I do not fault the trial judge for concluding — wrongly but understandably — that he was prohibited by s. 4(6) of the *CEA* from making any reference at all to Mr. Prokofiew's failure to testify. My colleague has addressed that matter and it should not pose a problem in future cases.

B. *Failure to Exclude Inadmissible Hearsay Evidence*

[27] The trial judge improperly admitted various cheque stubs and a deposit book into evidence. Crown counsel at trial alleged that the stubs and deposit book recorded cash payments to Mr. Prokofiew from Discount Sales, one of the commercial vehicles of the fraud. Defence counsel at trial disputed that the "E" to which the documents referred was his client, Ewaryst "Eddie" Prokofiew. In my opinion, the trial judge's error was minor and the verdict would inevitably have been the same had he not made it.

[25] En présence d'une directive approuvant concrètement les remarques de l'avocat de M. Prokofiew sur la question même qui nous occupe, je ne vois pas comment on peut affirmer que le juge du procès a abandonné les jurés à eux-mêmes, les laissant ainsi libres de considérer le défaut de M. Prokofiew de témoigner comme une preuve de sa culpabilité et de le déclarer coupable sur la base de ce motif, du moins en partie.

[26] En résumé, bien que je sois moi aussi d'avis qu'une directive correctrice explicite de la part du juge du procès aurait été préférable — et justifiée dans les circonstances —, je suis convaincu que, considérées globalement, les directives qui ont été données en l'espèce étaient adéquates. À l'instar du juge d'appel Doherty, je suis certain que le jury avait compris, à la lumière de l'ensemble des directives, que le ministère public ne pouvait établir la culpabilité de M. Prokofiew que sur la foi de la preuve et que, comme le silence de M. Prokofiew au procès ne constituait pas un élément de preuve, il ne pouvait être utilisé pour prouver que ce dernier était coupable. Toutefois, je ne reproche pas au juge du procès d'avoir conclu — à tort, mais d'une manière par ailleurs compréhensible — que le par. 4(6) de la *LPC* lui interdisait de formuler tout commentaire que ce soit au sujet du défaut de témoigner de M. Prokofiew. Mon collègue a traité de cette question et elle ne devrait pas poser de problèmes dans de futures affaires.

B. *Le défaut d'exclure la preuve par ouï-dire inadmissible*

[27] Le juge du procès a à tort admis en preuve un certain nombre de talons de chèque ainsi qu'un livret de dépôt. L'avocat qui représentait le ministère public au procès a plaidé que les talons et le livret de dépôt constataient des paiements en liquide faits à M. Prokofiew par Discount Sales, l'une des sociétés utilisées comme instrument de la fraude. L'avocat de la défense au procès a prétendu que la lettre « E » figurant sur les documents ne désignait pas son client, Ewaryst « Eddie » Prokofiew. À mon avis, il s'agissait d'une erreur mineure de la part du juge du procès et, même s'il ne l'avait pas commise, le verdict aurait inévitablement été identique.

[28] My colleague, however, maintains that the admission of the impugned documents was sufficiently serious to preclude the application of the curative proviso in s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*. He points out that the Crown's case against Mr. Prokofiew rested almost entirely on the evidence of two disreputable witnesses, Messrs. Solty and Tulloch (the latter being a co-accused who had pled guilty before the trial of Messrs. Solty and Prokofiew and had since become a Crown witness). The jury was told to proceed with caution and to look for confirmatory evidence before acting on their testimony to convict Mr. Prokofiew. Depending on their assessment of the cheque stubs and deposit book, the jury was instructed that those items could constitute confirmatory evidence of Mr. Tulloch's testimony, which in turn would bear on the jury's evaluation of Mr. Solty's credibility. Hence, according to my colleague, the error was not harmless, because the jury "may [have relied] on the impugned evidence to take a small but critical first step in a chain of deductions leading to a finding of guilt" (para. 111).

[28] Mon collègue soutient cependant que l'admission en preuve des documents contestés constitue une erreur suffisamment grave, qui fait obstacle à l'application de la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*. Il souligne que la preuve du ministère public contre M. Prokofiew reposait presque entièrement sur les dépositions de deux témoins peu recommandables, MM. Solty et Tulloch (ce dernier étant un coaccusé qui a plaidé coupable avant le procès de MM. Solty et Prokofiew et qui est depuis devenu témoin à charge). Les jurés ont été instruits de faire montre de prudence et de se demander s'il existait des éléments de preuve corroborante avant de se fonder sur les témoignages de ces personnes pour conclure à la culpabilité de M. Prokofiew. Ils ont également été avisés que, selon l'appréciation qu'ils feraient des talons de chèque et du livret de dépôt, ces éléments pourraient constituer des éléments de preuve confirmant le témoignage de M. Tulloch, témoignage qui à son tour pourrait influer sur leur évaluation de la crédibilité de M. Solty. Par conséquent, selon mon collègue, l'erreur en question n'était pas inoffensive, parce que le jury « [a pu] s'appuyer sur [l']élément [contesté] pour tirer une première inférence limitée mais capitale dans une série de déductions menant à un verdict de culpabilité » (par. 111).

[29] As indicated, I take a different view of the error. In my view, it was minor and the verdict would inevitably have been the same had it not been made.

[29] Comme je l'ai indiqué plus tôt, je suis d'avis différent en ce qui concerne cette erreur. Selon moi, il s'agit d'une erreur mineure et, si elle n'avait pas été commise, le verdict aurait inévitablement été le même.

[30] Importantly, the impugned documents did not stand alone. Other documentary items existed that lent support to the testimony of Messrs. Solty and Tulloch. These items included:

- sixteen invoices written by Mr. Prokofiew that set out the structure of the various fraudulent transactions;
- financial records confirming Mr. Tulloch's evidence that Mr. Prokofiew used Discount Sales to funnel portions of Mr. Tulloch's share of the illicit proceeds into

[30] Fait important, les documents contestés n'étaient pas les seules pièces documentaires. Il existait en effet d'autres éléments de preuve documentaire étayant les témoignages de MM. Solty et Tulloch, notamment les suivants :

- seize factures écrites par M. Prokofiew faisant état de la structure des diverses opérations frauduleuses;
- des registres financiers confirmant le témoignage de M. Tulloch selon lequel M. Prokofiew s'était servi de Discount Sales pour convertir une partie de la part de M. Tulloch

purchases of a motorcycle and a boat for Mr. Tulloch;

- the Articles of Incorporation for Discount Sales showed Mr. Prokofiew's home address as the address for the first director; and

- a document listed John O'Meara, Mr. Prokofiew's father-in-law, as the first director of Discount Sales.

[31] In respect of John O'Meara's directorship, his widow testified that he had nothing to do with the operation of the business. She further testified that her husband had no significant assets when he passed away.

[32] The various documentary items that I have listed, in conjunction with the testimony of Mrs. O'Meara, provided the jury with ample confirmatory evidence. The jury was entitled to rely on that evidence to restore its faith in Messrs. Solty and Tulloch and to act on their evidence to convict Mr. Prokofiew.

[33] Apart from the significant body of confirmatory evidence that existed over and above the impugned cheque stubs and deposit book, it is worth noting, for the purposes of assessing the seriousness of the error, that the trial judge cautioned the jury in strong terms that the cheque stubs were hearsay evidence and that it was not possible to cross-examine the person who had written the entries on them. He further told the jury that the stubs were "of dubious reliability" and that the jury "should approach them with great caution" (A.R., vol. V, at p. 162). After reviewing the factors that the jury might wish to consider in deciding what use to make of the cheque stubs, if any, the trial judge completed his remarks with a second strong warning. He reminded the jury that "[n]o witness [had] testified as to these cheque stubs" after reiterating the need to "approach [them] with caution" (A.R., vol. V, at p. 165).

dans les gains illicites afin d'acheter une motocyclette et un bateau à ce dernier;

- les statuts constitutifs de Discount Sales, dans lesquels l'adresse domiciliaire de M. Prokofiew correspondait à l'adresse du premier administrateur;

- une mention indiquant que John O'Meara, le beau-père de M. Prokofiew, était le premier administrateur de Discount Sales.

[31] Relativement au poste d'administrateur de John O'Meara, sa veuve a témoigné qu'il ne participait d'aucune façon à l'exploitation de l'entreprise. Elle a de plus affirmé que son mari ne possédait aucun actif important au moment de son décès.

[32] Conjugués au témoignage de M^me^ O'Meara, les divers éléments de preuve documentaire que j'ai énumérés ont constitué pour le jury une preuve confirmative amplement suffisante. Le jury était autorisé à se fonder sur cette preuve pour prêter foi aux témoignages de MM. Solty et Tulloch, et à s'appuyer sur ces témoignages pour déclarer M. Prokofiew coupable.

[33] Outre le nombre important d'éléments de preuve confirmative qui existaient en plus des talons de chèque et du livret de dépôt litigieux, il convient de souligner que, pour les besoins de l'appréciation de la gravité de l'erreur, le juge du procès a prévenu en termes non équivoques les jurés que les talons de chèque constituaient du ouï-dire et qu'il n'était pas possible de contre-interroger la personne qui avait fait les inscriptions sur ces documents. Il leur a de plus dit que les talons étaient [TRADUCTION] « d'une fiabilité douteuse » et qu'ils « devaient faire montre de beaucoup de circonspection à leur égard » (d.a., vol. V, p. 162). Après avoir passé en revue les facteurs que les jurés pourraient vouloir considérer pour décider quelle utilisation ils pouvaient faire des talons de chèque, s'ils choisissaient de le faire, le juge du procès a terminé son exposé par une deuxième mise en garde ferme sur cette question. Il leur a en effet rappelé qu'« aucun témoin [n'avait] déposé au sujet de ces talons de chèque », après avoir réitéré qu'ils devaient « faire montre de circonspection à leur égard » (d.a., vol. V, p. 165).

[34] In the face of those instructions and the other items of confirmatory evidence available to the jury, I cannot accept that the admission of the cheque stubs and deposit book amounted to a significant error. The error, in my view, was harmless in its overall effect — and I have no doubt that the verdict would have been the same had it not been made. Accordingly, this is a case where the curative proviso can safely be applied to uphold the conviction.

III. Conclusion

[35] Taking into account the entirety of the trial judge's instructions, I am satisfied that the jury would have understood that Mr. Prokofiew's silence at trial could not be used as evidence of his guilt. As for the trial judge's error in admitting the hearsay evidence, in my view, the error was harmless and there is no realistic possibility that the verdict would have been different had it not been made.

[36] Accordingly, I would dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and LeBel, Fish and Cromwell JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[37] At the conclusion of their joint trial before judge and jury, Ewaryst Prokofiew and Peter Solty were both convicted of fraud and conspiracy to defraud the Government of Canada of $3.25 million ([2005] G.S.T.C. 135).

[38] Mr. Prokofiew did not testify. Mr. Solty did, proclaiming his innocence and incriminating Mr. Prokofiew.

[39] In his closing address to the jury, Mr. Solty's counsel implied that Mr. Prokofiew's silence indicated that he had something to hide. There is no dispute as to the significance of counsel's words:

[34] À la lumière de ces directives et des autres éléments de preuve confirmative dont disposait le jury, je ne puis accepter que l'admission en preuve des talons de chèque et du livret bancaire a constitué une erreur importante. Cette erreur n'a eu, selon moi, qu'un effet global inoffensif — et je n'ai aucun doute que le verdict aurait été identique même si l'erreur n'avait pas été commise. En conséquence, nous sommes en présence d'un cas où la disposition réparatrice peut en toute confiance être appliquée pour confirmer la déclaration de culpabilité.

III. Conclusion

[35] Compte tenu de l'ensemble des directives données par le juge du procès, je suis convaincu que le jury a compris que le silence de M. Prokofiew au procès ne pouvait pas être utilisé comme preuve de sa culpabilité. En ce qui concerne l'erreur qu'a commise le juge du procès en admettant la preuve par ouï-dire, je suis d'avis qu'il s'agit d'une erreur inoffensive et que le verdict n'aurait pu réalistement être différent même si elle n'avait pas été faite.

[36] Par conséquent, je rejetterais le pourvoi.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish et Cromwell rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

[37] Au terme d'un procès conjoint devant juge et jury, Ewaryst Prokofiew et Peter Solty ont été déclarés coupables de fraude et de complot en vue de frauder le gouvernement du Canada ([2005] G.S.T.C. 135). La somme concernée était de 3,25 millions de dollars.

[38] Monsieur Prokofiew n'a pas témoigné, mais M. Solty l'a fait, proclamant son innocence et incriminant M. Prokofiew.

[39] Dans son exposé final au jury, l'avocat de M. Solty a laissé entendre que le silence de M. Prokofiew indiquait que celui-ci avait quelque chose à cacher. La teneur des propos de l'avocat

The Crown concedes in its factum that "counsel for Mr. Solty suggested [to the jury] that [Mr. Prokofiew] *had not testified because he was guilty of the alleged offences*" (R.F., at para. 2 (emphasis added)).

[40] The trial judge recognized that no such inference was permitted and he wanted to make this clear to the jury. He concluded there was a "significant risk" that the jury might otherwise, as suggested by Mr. Solty's counsel, infer from Mr. Prokofiew's silence that he was guilty as charged (A.R., vol. I, at p. 7).

[41] In response to defence counsel's request for a "strong [remedial] direction", the trial judge replied: "You can count on it" (A.R., vol. V, at p. 92).

[42] "[T]here are few rights more fundamental than the right to remain silent", the judge added, "and it must be made clear to the jury . . . that they may not consider Mr. Prokofiew's silence . . . as indicative of guilt when they come to considering his guilt or innocence" (A.R., vol. V, at p. 92).

[43] After considering two decisions of this Court, however, the trial judge held — wrongly but understandably, as we shall see — that he was prohibited by s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, from making any reference at all to Mr. Prokofiew's failure to testify. He therefore refrained from giving the remedial instruction that he had earlier thought necessary to prevent the jury from drawing the impermissible inference they had been invited to draw by Mr. Solty's counsel.

[44] The Court of Appeal for Ontario, correctly in my view, held that s. 4(6) prohibits comments *prejudicial to the accused* — but not the remedial instruction requested by defence counsel and contemplated by the judge (2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401). The Court of Appeal held as well, again correctly, that the trial judge had erred in

n'est pas contestée : le ministère public concède dans son mémoire que [TRADUCTION] « l'avocat de M. Solty a suggéré [au jury] que [M. Prokofiew] *n'avait pas témoigné parce qu'il était coupable des infractions reprochées* » (m.i., par. 2 (italiques ajoutés)).

[40] Le juge du procès a reconnu qu'aucune inférence de la sorte n'est permise, et il voulait l'indiquer clairement au jury. Il a conclu qu'il existait un [TRADUCTION] « risque important » qu'en l'absence d'instruction de sa part le jury puisse inférer du silence de M. Prokofiew que ce dernier était coupable des infractions reprochées, comme l'insinuait l'avocat de M. Solty (d.a., vol. I, p. 7).

[41] À l'avocat de la défense, qui sollicitait une [TRADUCTION] « directive [correctrice] non équivoque », le juge du procès a répondu ceci : « Vous pouvez compter là-dessus » (d.a., vol. V, p. 92).

[42] Le juge a ajouté que [TRADUCTION] « peu de droits sont plus fondamentaux que le droit de garder le silence » et qu'« il fallait clairement indiquer aux jurés [. . .] qu'ils ne peuvent considérer le silence de M. Prokofiew comme un signe de culpabilité lorsqu'ils s'interrogent sur sa culpabilité ou son innocence » (d.a., vol. V, p. 92).

[43] Toutefois, après avoir examiné deux arrêts de notre Cour, le juge du procès a conclu — erronément mais de manière compréhensible, comme nous le verrons —, que le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, lui interdisait tout commentaire au sujet du défaut de M. Prokofiew de témoigner. En conséquence, il s'est abstenu de formuler la directive correctrice qu'il avait précédemment jugée nécessaire pour éviter que le jury ne tire l'inférence prohibée que l'avocat de M. Solty l'invitait à tirer.

[44] La Cour d'appel de l'Ontario a, à juste titre selon moi, conclu que le par. 4(6) interdit les commentaires *préjudiciables à l'accusé* — mais non la directive correctrice demandée par la défense et envisagée par le juge (2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401). Elle a également jugé, toujours à bon droit, que le juge du procès avait fait erreur en admettant

admitting hearsay evidence. It is undisputed in this Court that the hearsay evidence was inadmissible and ought to have been excluded.

[45] The Court of Appeal nonetheless dismissed Mr. Prokofiew's appeal on the ground that both errors were harmless. With respect, I am of a different view. For the reasons that follow, I would quash Mr. Prokofiew's conviction, allow the appeal and order a new trial.

II

[46] Having concluded that a new trial should be had, I shall refer to the facts only to the extent necessary to explain my conclusion.

[47] Mr. Prokofiew and Mr. Solty were alleged by the Crown to have participated knowingly in a fraudulent scheme involving the sale of non-existent "heavy equipment" between the Maritimes and Ontario. Harmonized Sales Tax (HST) was collected on these fictitious sales but never remitted to the government. In all, the perpetrators of the scheme defrauded the Government of Canada of more than three million dollars.

[48] It was uncontested at trial that the scheme was fraudulent and that Mr. Prokofiew and Mr. Solty had both participated in it. The only live issue was whether they were aware of its fraudulent nature.

[49] Mr. Solty testified that he was an innocent participant. He was induced, he said, to participate in the fraud by Mr. Prokofiew, who orchestrated the scheme.

[50] Mr. Prokofiew did not testify.

[51] In his address to the jury, counsel for Mr. Solty contrasted in the following terms Mr. Prokofiew's silence with Mr. Solty's decision to testify:

It's clear that Mr. Solty never ran and [n]ever tried to hide from his involvement in this case. . . . And when

des éléments de preuve par ouï-dire. Personne n'a contesté devant notre Cour que cette preuve était inadmissible et qu'elle aurait dû être écartée.

[45] La Cour d'appel a néanmoins rejeté l'appel de M. Prokofiew, pour le motif que ces deux erreurs n'avaient entraîné aucun préjudice. Avec égards, je suis d'avis contraire. Pour les motifs qui suivent, j'annulerais le verdict de culpabilité de M. Prokofiew, j'accueillerais l'appel et j'ordonnerais un nouveau procès.

II

[46] Ayant conclu qu'un nouveau procès s'impose, je ne ferai mention des faits que dans la mesure nécessaire pour expliquer ma conclusion.

[47] Le ministère public a soutenu que MM. Prokofiew et Solty avaient sciemment participé à un stratagème frauduleux de vente de « machinerie lourde » inexistante entre les Maritimes et l'Ontario. La taxe de vente harmonisée a été perçue à l'égard de ces ventes fictives, mais elle n'a jamais été remise au gouvernement. En tout, les auteurs de ce stratagème auraient fraudé le gouvernement du Canada de plus de trois millions de dollars.

[48] Au procès, personne n'a contesté que ce stratagème était frauduleux et que MM. Prokofiew et Solty y avaient tous deux participé. La seule question litigieuse consistait à décider si ceux-ci étaient conscients de la nature frauduleuse de ces opérations.

[49] Monsieur Solty a témoigné qu'il était un participant innocent, affirmant qu'il avait été incité à prendre part à la fraude par M. Prokofiew, qui avait orchestré le stratagème.

[50] Pour sa part, M. Prokofiew n'a pas témoigné.

[51] Dans son exposé au jury, l'avocat de M. Solty a opposé en ces termes la décision de M. Solty de témoigner et celle de M. Prokofiew de garder le silence :

[TRADUCTION] Il est clair que M. Solty ne s'est jamais dérobé et n'a jamais essayé de cacher sa participation

it came to his turn to tell his side of the story, he did not, like Ewaryst Prokofiew, shirk from that challenge. And why did he do all this? Especially when there was absent no obligation for him to do anything? Because, I suggest, he had nothing to hide. Because he's innocent. Innocent people don't make themselves scarce when the troubles begin. They stand up with their friends and colleagues and try and deal with the problem. I suggest to you that at every turn, Peter Solty acted in a manner that is consistent with an innocent person.

. . .

Lastly, Peter Solty took the stand and told his story, warts and all. Ewaryst Prokofiew did not. Mr. Solty accused him of massive monetary fraud, and backed up that accusation with the hand-written invoices and other documentation that he provided to the police. What was Mr. Prokofiew's response? Ask yourself why Ewaryst Prokofiew did not testify. Did he have something to hide or did he simply have no response that could help him since there is no point in trying to contradict the truth? [A.R., vol. V, at pp. 10-11 and 16-17]

[52] The trial judge was concerned that these comments could undermine Mr. Prokofiew's right to a fair trial. As earlier mentioned, he felt there was a "significant risk" that the jury would infer that Mr. Prokofiew's silence could be taken as evidence of guilt, in contravention of *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874 (A.R., vol. I, at p. 7). It was therefore necessary, said the judge, to make clear to the jury that no such inference was permitted — "that they may not consider Mr. Prokofiew's silence . . . as indicative of [his] guilt" (A.R., vol. V, at p. 92).

[53] However, after hearing submissions and reviewing *Noble* and *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858, the trial judge concluded that s. 4(6) of the *Canada Evidence Act* precluded him from commenting *in any way* on an accused's silence at trial. He therefore made no reference in his jury instructions to Mr. Prokofiew's failure to testify.

dans cette affaire. [. . .] Et quand est venu son tour de donner sa version des faits, contrairement à Ewaryst Prokofiew il ne s'est pas soustrait à cette tâche. Et pourquoi a-t-il fait tout ça? Surtout qu'il n'avait aucune obligation de faire quoi que ce soit? La raison, je vous dirais, c'est qu'il n'avait rien à cacher. Parce qu'il est innocent. Les gens innocents ne s'enfuient pas devant les difficultés. Ils se tiennent debout avec leurs amis et collègues et essaient de résoudre le problème. J'affirme que Peter Solty s'est à tous égards comporté comme on s'y attendrait d'une personne innocente.

. . .

Enfin, Peter Solty s'est présenté à la barre et a donné sa version, sans esquiver les aspects moins reluisants. Ewaryst Prokofiew ne l'a pas fait. M. Solty l'a accusé d'avoir perpétré une fraude énorme, accusation qu'il a étayée par les factures manuscrites et autres documents qu'il avait fournis à la police. Quelle a été la réponse de M. Prokofiew? Demandez-vous pourquoi Ewaryst Prokofiew n'a pas témoigné. Avait-il quelque chose à cacher, ou n'avait-il tout simplement rien à opposer qui puisse l'aider, puisqu'il est futile d'essayer de réfuter la vérité? [d.a., vol. V, p. 10-11 et 16-17]

[52] Le juge du procès a craint que ces propos puissent porter atteinte au droit de M. Prokofiew à un procès équitable. Comme je l'ai mentionné précédemment, il pensait qu'il existait un [TRADUCTION] « risque important » que les jurés concluent que le silence de M. Prokofiew pouvait être considéré comme une preuve de sa culpabilité, contrairement aux prescriptions de l'arrêt *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874 (d.a., vol. I, p. 7). Il était donc nécessaire, a précisé le juge, d'expliquer clairement aux jurés qu'une telle inférence n'était pas permise — [TRADUCTION] « qu'ils ne pouvaient considérer le silence de M. Prokofiew [. . .] comme une indication de [sa] culpabilité » (d.a., vol. V, p. 92).

[53] Toutefois, après avoir entendu les plaidoiries et examiné les arrêts *Noble* et *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, le juge du procès a conclu que le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* lui interdisait de commenter *de quelque manière que ce soit* le silence d'un accusé au procès. Il n'a en conséquence fait aucune mention dans ses directives au jury du défaut de témoigner de M. Prokofiew.

[54] The Court of Appeal agreed with the trial judge that Sopinka J. did state in *Noble* and *Crawford* that s. 4(6) prohibits any mention of the accused's failure to testify. However, Doherty J.A., speaking for a unanimous Court, found that Justice Sopinka's statements to this effect in both *Noble* and *Crawford* were *obiter dicta*.

[55] Justice Doherty recognized that lower courts should presume that *obiter dicta* of the Supreme Court are binding upon them (para. 21). And he then proceeded to explain, persuasively and with care, why that presumption was inapplicable in this instance.

[56] Justice Doherty first noted that the impugned *obiter dicta* were plainly inconsistent with the *ratio decidendi* of decisions predating *Crawford* and *Noble* — in particular, *McConnell v. The Queen*, [1968] S.C.R. 802, and *Avon v. The Queen*, [1971] S.C.R. 650.

[57] One reason for treating *obiter* as binding is to preserve and promote certainty in the law. Yet to do so here would have the opposite effect. It would disregard precedent that was not questioned in *Crawford*, *Noble* or subsequent decisions of the Supreme Court — and, indeed, applied recently and consistently at the appellate level in Ontario, and elsewhere in Canada (para. 29, citing, *inter alia*, *R. v. Biladeau* (2008), 93 O.R. (3d) 365 (C.A.), at para. 20, and *R. v. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96, at paras. 285-88).

[58] Justice Doherty noted as well that the comments in *Crawford* and *Noble* relied on by the judge in this case were not only tangential (para. 36), but entirely inconsistent with the "constitutional vision" articulated in *Noble* itself (para. 39).

[59] The Court of Appeal therefore concluded that the trial judge had misconstrued s. 4(6) of the

[54] À l'instar du juge du procès, la Cour d'appel a estimé que le juge Sopinka avait effectivement affirmé dans *Noble* et *Crawford* que le par. 4(6) interdit toute mention du défaut de témoigner d'un accusé. Toutefois, exprimant l'opinion unanime de la Cour d'appel, le juge Doherty a conclu qu'il s'agissait dans les deux cas de remarques incidentes.

[55] Le juge d'appel Doherty a reconnu que les juridictions inférieures doivent présumer qu'elles sont liées par les remarques incidentes de la Cour suprême (par. 21). Il s'est ensuite employé à expliquer, de manière convaincante et méticuleuse, pourquoi cette présomption ne s'appliquait pas en l'espèce.

[56] Il a d'abord souligné que les remarques incidentes en question étaient nettement incompatibles avec la *ratio decidendi* d'arrêts antérieurs à *Crawford* et *Noble* — en particulier les arrêts *McConnell c. The Queen*, [1968] R.C.S. 802, et *Avon c. La Reine*, [1971] R.C.S. 650.

[57] D'ailleurs, l'une des raisons pour lesquelles on considère les remarques incidentes comme obligatoires, c'est pour protéger et favoriser la certitude du droit. Or, on obtiendrait le résultat inverse si on le faisait en l'espèce, car on se trouverait à faire abstraction de décisions qui n'ont pas été remises en question dans *Crawford*, *Noble* ou d'autres arrêts postérieurs de la Cour suprême — et qui ont d'ailleurs été appliquées avec constance, et ce, encore récemment par des cours d'appel en Ontario et ailleurs au Canada (par. 29, citant, entre autres, *R. c. Biladeau* (2008), 93 O.R. (3d) 365 (C.A.), par. 20, et *R. c. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96, par. 285-288).

[58] Le juge Doherty a également indiqué que les commentaires tirés des arrêts *Crawford* et *Noble* sur lesquels le juge du procès s'est appuyé dans la présente affaire avaient non seulement un caractère indirect (par. 36), mais ils étaient tout à fait incompatibles avec la [TRADUCTION] « vision constitutionnelle » exposée dans *Noble* lui-même (par. 39).

[59] La Cour d'appel a par conséquent conclu que le juge du procès avait mal interprété le par. 4(6) de

Canada Evidence Act and could properly have instructed the jury not to draw an adverse inference from Mr. Prokofiew's silence. The court recognized that "no one knows for sure what the jury used or did not use", but found that the absence of a remedial instruction would only be fatal where the "appellant shows a real risk that his silence was misused" (para. 42).

[60] The Court of Appeal concluded that Mr. Prokofiew had not discharged this burden. Relying on the judge's charge as a whole, and more particularly on passages to which I shall later refer, the court was satisfied that the absence of a specific remedial instruction did not amount to reviewable error in this case.

[61] A second ground of appeal raised by Mr. Prokofiew in the Court of Appeal was likewise dismissed. It concerned the admission by the trial judge of hearsay documents that, according to the Crown, implicated Mr. Prokofiew in the fraud. The Crown conceded before the Court of Appeal that this evidence was inadmissible and should therefore have been excluded.

[62] Justice Doherty described the inadmissible hearsay as nothing more than "a small brick in a very large wall built by the evidence offered by the Crown against the appellant" (para. 57). And he concluded that the second error, like the first, was not fatal, since "the rest of the evidence presented an overwhelming case" (para. 57).

[63] In the result, the Court of Appeal found that the erroneous admission of the hearsay evidence "caused no substantial wrong or miscarriage of justice" (para. 54), applied the curative *proviso* of s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and dismissed Mr. Prokofiew's appeal.

III

[64] *Noble* establishes that a trier of fact may not draw an adverse inference from the accused's failure to testify and that the accused's silence at trial

la *Loi sur la preuve au Canada* et qu'il aurait à bon droit pu ordonner au jury de ne tirer aucune conclusion défavorable du silence de M. Prokofiew. Elle a reconnu que [TRADUCTION] « personne ne sait avec certitude ce que le jury a utilisé ou n'a pas utilisé », mais elle a jugé que l'absence de directive correctrice ne serait fatale que dans les cas où « l'appelant démontre l'existence d'un risque réel que son silence ait été utilisé erronément » (par. 42).

[60] La Cour d'appel a jugé que M. Prokofiew ne s'était pas acquitté de ce fardeau. Se fondant sur l'ensemble de l'exposé du juge au jury et, plus particulièrement, sur certains passages dont je ferai état plus loin, la cour a dit être convaincue que l'absence de directive correctrice n'avait pas constitué une erreur donnant ouverture à révision.

[61] Un autre motif d'appel invoqué par M. Prokofiew en Cour d'appel a lui aussi été rejeté. Ce motif se rapportait à l'admission par le juge du procès de documents constituant du ouï-dire et qui, selon le ministère public, impliquaient M. Prokofiew dans la fraude. Devant la Cour d'appel, le ministère public a concédé que cette preuve était inadmissible et aurait donc dû être écartée.

[62] Le juge Doherty a affirmé que cette preuve par ouï-dire inadmissible n'était guère plus qu'[TRADUCTION] « une petite brique dans le très gros mur que formait la preuve produite contre l'appelant par le ministère public » (par. 57). Il a en outre conclu que cette seconde erreur, tout comme la première, n'était pas fatale, étant donné que « le reste de la preuve était accablant » (par. 57).

[63] En définitive, la Cour d'appel a jugé que l'utilisation erronée de la preuve par ouï-dire n'avait entraîné [TRADUCTION] « ni tort important ni erreur judiciaire grave » (par. 54), puis elle a appliqué la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et rejeté l'appel de M. Prokofiew.

III

[64] L'arrêt *Noble* établit que le juge des faits ne peut tirer de conclusion défavorable du défaut d'un accusé de témoigner, et que le silence de celui-ci au

may not be treated as evidence of guilt. To do so would violate the presumption of innocence and the right to silence. It would to that extent and for that reason shift the burden of proof to the accused, turning the accused's constitutional right to silence into a "snare and a delusion" (*Noble*, at para. 72).

[65] We are now urged by the Crown to overrule *Noble*. Upon careful consideration of Crown counsel's full and able argument, and the helpful submissions of all counsel on this issue, I would decline to do so.

[66] I see no persuasive reason to overturn *Noble*. *Noble* is a recent and important precedent regarding a fundamental constitutional principle. The Court's decision in that case is constitutionally mandated and has not proven unworkable in practice. Nothing of significance has occurred since 1997 to cause the Court to reconsider its decision. And it is well established that the Court must exercise particular caution in contemplating the reversal of a precedent where the effect, as here, would be to diminish the protection of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44.

[67] These questions remain: Does s. 4(6) of the *Canada Evidence Act* prohibit *any comment at all* by the trial judge on the failure of the accused to testify — as the trial judge found in this case? If not, what can trial judges tell juries about the failure of an accused to testify? Was a remedial instruction required in this case? If so, is the absence of a remedial instruction fatal to the verdict?

[68] Section 4(6) of the *Canada Evidence Act* provides:

> The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

procès ne peut être considéré comme une preuve de sa culpabilité. Le faire porterait atteinte à la présomption d'innocence ainsi qu'au droit de garder le silence. Dans cette mesure et pour cette raison, cela aurait pour effet de transférer à l'accusé le fardeau de la preuve et à « tendre un piège » à un accusé qui exercerait son droit constitutionnel au silence (*Noble*, par. 72).

[65] Le ministère public nous exhorte aujourd'hui à écarter *Noble*. Après avoir examiné attentivement l'argumentation compétente et exhaustive de l'avocat du ministère public, ainsi que les observations utiles de tous les avocats sur cette question, je n'entends pas accéder à cette demande.

[66] Je ne vois aucune raison convaincante d'écarter l'arrêt *Noble*. Il constitue un précédent important et récent concernant un principe constitutionnel fondamental. La décision qu'a rendue la Cour dans cette affaire est dictée par la Constitution et elle ne s'est pas révélée inapplicable en pratique. Depuis 1997, il n'est rien survenu d'important qui justifierait notre Cour de reconsidérer sa décision. Qui plus est, il est bien établi que la Cour doit se montrer particulièrement prudente lorsque le fait d'écarter un précédent aurait pour effet, comme en l'espèce, de réduire la protection accordée par la *Charte canadienne des droits et libertés* : *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44.

[67] Il reste à répondre aux questions suivantes. Est-ce que le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* interdit au juge du procès de formuler *quelque commentaire que ce soit* à propos du défaut de témoigner d'un accusé — comme a conclu le juge du procès en l'espèce? Dans le cas contraire, que peut dire le juge au jury à ce sujet? Une directive correctrice était-elle nécessaire dans le présent cas? Dans l'affirmative, l'absence d'une telle directive porte-t-elle un coup fatal au verdict?

[68] Le paragraphe 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* est rédigé ainsi :

> Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

[69] In *Crawford*, Justice Sopinka stated that s. 4(6) "encompasses both comment prejudicial to the accused, as well as a direction that the jury must not draw an unfavourable conclusion from the accused's failure to testify" (para. 22).

[70] And he reiterated this observation in *Noble*:

> Section 4(6), whose validity is not at issue in the present case, prevents a trial judge from commenting on the silence of the accused. The trial judge is therefore prevented from instructing the jury on the impermissibility of using silence to take the case against the accused to one that proves guilt beyond a reasonable doubt. [para. 95]

[71] I agree with Justice Doherty that both comments were *obiter dicta*. Section 4(6) was not at issue in either *Crawford* or *Noble*. *Crawford* dealt with what an accused or defence counsel may say in relation to a co-accused's pre-trial silence, while *Noble* held that an accused's silence at trial cannot be used as evidence of guilt.

[72] In both cases, Justice Sopinka's references to s. 4(6) merely formed part of his description of the legislative background in describing ancillary issues relating to an accused's silence. His comments were brief and unnecessary to the result. *Dicta* of this sort may be set aside where, as in this instance, there are good reasons to do so: *Henry*, at para. 57.

[73] First, the impugned observations in *Noble* and *Crawford* ignored — indeed, contradicted — judgments of the Court that explicitly defined and applied s. 4(6) (*McConnell*, at p. 809; *Avon*, at p. 655; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at pp. 557-58). These well-established precedents cannot be taken to have been overruled without mention — *en passant*, as it were — by *obiter* comments in *Crawford* and *Noble*.

[69] Dans l'arrêt *Crawford*, le juge Sopinka a déclaré que le par. 4(6) « vise aussi bien une observation préjudiciable à l'accusé qu'une directive selon laquelle le jury ne doit pas tirer une conclusion défavorable du fait que l'accusé n'a pas témoigné » (par. 22).

[70] Il a réitéré cette observation dans *Noble* :

> Le paragraphe 4(6), dont la validité n'est pas en cause dans le présent pourvoi, interdit au juge du procès de faire des commentaires sur le défaut de témoigner de l'accusé. Le juge du procès ne peut donc pas donner au jury de directives concernant l'interdiction de s'appuyer sur le silence de l'accusé pour considérer que la preuve établit sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. [par. 95]

[71] À l'instar du juge d'appel Doherty, je suis d'avis que ces deux commentaires constituaient des remarques incidentes. En effet, le par. 4(6) n'était en cause ni dans *Crawford* ni dans *Noble*. Le premier arrêt portait sur ce qu'un accusé ou un avocat de la défense est autorisé à dire au sujet du silence d'un coaccusé avant le procès, tandis que dans le second il a été jugé que le silence d'un accusé au procès ne peut être invoqué comme preuve de sa culpabilité.

[72] Dans les deux pourvois, le juge Sopinka a fait mention du par. 4(6) simplement pour exposer le contexte législatif de certaines questions accessoires relatives au silence d'un accusé. Ses commentaires ont été brefs et n'étaient pas essentiels au résultat. De telles remarques incidentes peuvent être écartées lorsqu'il existe, comme en l'espèce, de bonnes raisons de le faire : *Henry*, par. 57.

[73] Premièrement, les observations contestées dans *Noble* et *Crawford* ne tenaient pas compte — et d'ailleurs allaient à l'encontre — de jugements de notre Cour qui avaient explicitement défini et appliqué explicitement le par. 4(6) (*McConnell*, p. 809; *Avon*, p. 655; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, p. 557-558). Cette jurisprudence bien établie ne saurait avoir été écartée sans mention à cet effet — en passant, pour ainsi dire — par des remarques incidentes formulées dans *Crawford* et *Noble*.

[74] Second, as *McConnell*, *Avon* and *Potvin* demonstrate, a purposive interpretation of s. 4(6) compels the conclusion that trial judges may inform the jury of the accused's right to silence and the protection it affords. More specifically, applying *Noble*, trial judges may instruct the jury that, as a matter of law, no adverse inference may be drawn from the failure of the accused to testify.

[75] In *McConnell*, the trial judge instructed the jury that there was no onus on an accused to testify and that they should not be influenced in their decision by the accused's silence at trial (p. 815). In rejecting the contention that the trial judge's instructions contravened s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* (now s. 4(6)), Ritchie J. explained:

> Here the language used by the trial judge to which objection is taken was not so much a "comment" on the failure of the persons charged to testify as a statement of their right to refrain from doing so, and it does not appear to me that it should be taken to have been the intention of Parliament in enacting s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* to preclude judges from explaining to juries the law with respect to the rights of accused persons in this regard. . . .
>
> I think it is to be assumed that the section in question was enacted *for the protection of accused persons against the danger of having their right not to testify presented to the jury in such fashion as to suggest that their silence is being used as a cloak for their guilt.* [Emphasis added; p. 809.]

[76] *Avon* dealt with a similar instruction. And the Court again rejected a submission that s. 4(5) (now s. 4(6)) prohibits any mention by the trial judge of the accused's silence at trial:

> . . . I would say that the language used by [the trial judge] is a "statement" of an accused's right not to testify, rather than a "comment" on his failure to do so. In my opinion, the instructions complained of cannot be construed as prejudicial to the accused or such as to suggest to the jurors that his silence was used to cloak his guilt. [p. 655]

[77] Similarly, in *Potvin*, Wilson J. held that s. 4(5) (now s. 4(6)) must be interpreted in a

[74] Deuxièmement, comme le démontrent les arrêts *McConnell*, *Avon* et *Potvin*, l'interprétation téléologique du par. 4(6) oblige à conclure que le juge du procès peut informer le jury du droit au silence d'un accusé et de la protection qui en découle. Plus aux précisément, le juge peut, suivant *Noble*, dire au jurés que le droit leur interdit de tirer quelque conclusion défavorable que ce soit du défaut de témoigner de l'accusé.

[75] Dans *McConnell*, le juge du procès avait indiqué aux jurés qu'un accusé n'est pas tenu de témoigner et que le silence de ce dernier au procès ne devait pas influencer leur décision (p. 815). Rejetant l'argument selon lequel ces directives du juge contrevenaient au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* (l'actuel par. 4(6)), le juge Ritchie a donné les explications suivantes :

> [TRADUCTION] Ici, les termes dans lesquels le juge de première instance s'est exprimé, et qu'on lui reproche, ne sont pas tant un « commentaire » sur l'abstention des accusés de rendre témoignage qu'un énoncé de leur droit de s'en abstenir; je ne crois pas qu'on puisse conclure qu'en édictant le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le Parlement a eu l'intention d'empêcher les juges d'expliquer aux jurés les règles de droit quant aux droits des accusés sur ce point. . .
>
> Je pense qu'il faut tenir pour acquis que l'article en question a été adopté *pour protéger les accusés du danger d'avoir leur droit de ne pas témoigner présenté au jury de manière à suggérer que leur silence est utilisé pour masquer leur culpabilité.* [Italiques ajoutés; p. 809.]

[76] *Avon* portait sur une directive analogue. Encore une fois, la Cour n'a pas retenu l'argument selon lequel le par. 4(5) (l'actuel par. 4(6)) interdit au juge du procès toute mention relative au silence d'un accusé :

> . . . je dirais que le langage employé par [le juge du procès] est plutôt un « énoncé » du droit d'un prévenu de s'abstenir de témoigner qu'un « commentaire » sur son abstention de ce faire. À mon avis, les instructions reprochées ne sont pas susceptibles d'une interprétation préjudiciable à l'accusé ou aptes à suggérer aux jurés que son silence fut utilisé pour masquer sa culpabilité. [p. 655]

[77] De même, dans l'arrêt *Potvin*, la juge Wilson a statué que le par. 4(5) (l'actuel par. 4(6)) doit être

purposive and not literal manner. Properly understood, it prohibits only statements prejudicial to the accused (pp. 557-58).

[78] Quite properly, the Crown has conceded before us that s. 4(6) should be interpreted in accordance with *McConnell*, *Avon* and *Potvin*.

[79] In short, s. 4(6) of the *Canada Evidence Act* does not prohibit an affirmation by the trial judge of the accused's right to silence. And, in appropriate circumstances, an instruction that no adverse inference may be drawn from the silence of the accused at trial is not a prohibited "comment" on the accused's failure to testify within the meaning of that provision.

IV

[80] I turn now to consider whether the trial judge in this case erred in failing to instruct the jury that no adverse inference could be drawn from the appellant's failure to testify. Unlike the Court of Appeal, and with the greatest of respect, I believe that he did. And I believe as well that this error, though understandable in light of *Crawford* and *Noble*, is fatal to the jury's verdict.

[81] The Court of Appeal recognized that "no one knows for sure what the jury used or did not use", but found that the absence of a remedial instruction would only be fatal where the "appellant shows a real risk that his silence was misused" (para. 42).

[82] In concluding that Mr. Prokofiew had not discharged that burden, the Court of Appeal pointed to various passages of the judge's charge. Essentially, in the passages considered by the Court of Appeal (paras. 46-48), the trial judge instructed the jury that their verdict must be based on "the evidence put before you, and only on that evidence" (A.R., vol. V, at p. 125); that both Mr. Prokofiew and Mr. Solty were presumed

interprété de manière téléologique et non littérale. Selon le sens qu'il convient de lui donner, cette disposition prohibe uniquement les commentaires préjudiciables à l'accusé (p. 557-558).

[78] Devant nous, le ministère public a à juste titre reconnu que le par. 4(6) doit être interprété conformément aux arrêts *McConnell*, *Avon* et *Potvin*.

[79] En résumé, le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'interdit pas au juge du procès de faire état du droit de l'accusé au silence. En outre, lorsque les circonstances le justifient, une directive précisant qu'aucune inférence défavorable ne peut être tirée du silence de l'accusé ne constitue pas un « commentaire » prohibé au sujet du défaut de témoigner au sens de cette disposition.

IV

[80] Je passe maintenant à la question de savoir si le juge du procès a fait erreur en ne disant pas au jury qu'aucune inférence défavorable ne pouvait être tirée du défaut de l'appelant de témoigner. Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par la Cour d'appel, j'estime que le juge du procès a commis une erreur. De plus, j'estime que cette erreur — bien que compréhensible à la lumière des arrêts *Crawford* et *Noble* — est néanmoins fatale pour le verdict du jury.

[81] La Cour d'appel a reconnu que [TRADUCTION] « nul ne sait avec certitude ce que le jury a utilisé ou n'a pas utilisé », mais elle a jugé que l'absence de directive correctrice ne serait fatale que dans les cas où « l'appelant démontre l'existence d'un risque réel que son silence ait été utilisé erronément » (par. 42).

[82] Se reportant à divers passages de l'exposé du juge au jury, la Cour d'appel a conclu que M. Prokofiew n'avait pas fait cette démonstration. Essentiellement, dans les passages en question (par. 46-48) le juge du procès a indiqué aux jurés qu'ils devaient fonder leur verdict [TRADUCTION] « sur la preuve qui [leur avait] été présentée et uniquement sur cette preuve » (d.a., vol. V, p. 125), que MM. Prokofiew et Solty devaient tous deux être

innocent throughout the trial; that they did not have to prove their innocence; and that the presumption of their innocence "is only defeated if and when Crown counsel has satisfied all of you, beyond a reasonable doubt, that either or both Mr. Prokofiew and Mr. Solty are guilty of either or both of the crimes with which they are each charged" (p. 132).

[83] Relying on the entirety of the judge's instructions, and notably on the instructions mentioned, the court was satisfied "that the jury would understand that the Crown could prove the appellant's guilt based only on the evidence, and that the appellant's silence at trial — or indeed, any other non-evidentiary matter — could not be used to infer the appellant's guilt" (para. 51).

[84] The Court of Appeal also characterized as a "direct response" (para. 44) to the prejudicial comments by counsel for Mr. Solty, the following passages from the closing address of counsel for Mr. Prokofiew:

Mr. Prokofiew, as [counsel for Mr. Solty] pointed out, chose not to testify in this case. There are many jurisdictions in the world that are, frankly, not as kind as ours; that when a person has an allegation against them, that they have to stand up; you're alleged to do this; or you prove to us, you tell us why you are not guilty. That is not, thankfully, the way things are done here in Canada. We have the luxury and we have the thankfulness that we have a system that requires the State to prove our guilt before a conviction or a finding of guilt can be entered.

In this situation, this is the situation why Mr. Prokofiew does not have to call evidence, and this is why Mr. Prokofiew did not call evidence. In the context of [counsel for Mr. Solty's] statement, well, yes, Mr. Solty testified, but with respect, Mr. Solty had no choice but to testify. He was implicated at every turn of these transactions. He was in transactions up to his neck. And as a result, with respect to him, he had no choice but to take the stand. In response to Mr. Prokofiew, as I will mention in my submission, the evidence comes down to

présumés innocents pendant tout le procès, qu'ils n'avaient pas à prouver leur innocence et que la présomption d'innocence « ne serait réfutée que si le ministère public [les] convainquait tous hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de MM. Prokofiew et Solty ou encore de l'un ou l'autre d'entre eux, et ce, à l'égard des deux crimes dont chacun d'eux est accusé ou de l'un de ces crimes » (p. 132).

[83] Se fondant sur l'ensemble des directives données par le juge, notamment celles susmentionnées, la Cour d'appel a dit être convaincue que [TRADUCTION] « le jury avait compris que le ministère public ne pouvait établir la culpabilité que sur la foi de la preuve et qu'il ne pouvait utiliser le silence de l'appelant au procès — ni d'ailleurs quelque autre élément ne constituant pas de la preuve — pour conclure à la culpabilité de l'appelant » (par. 51).

[84] La Cour d'appel a aussi qualifié de [TRADUCTION] « réponse directe » (par. 44) aux commentaires préjudiciables de l'avocat de M. Solty les passages suivants de l'exposé final de l'avocat de M. Prokofiew :

[TRADUCTION] Monsieur Prokofiew, comme l'a signalé [l'avocat de M. Solty], a décidé de ne pas témoigner. Il y a beaucoup de pays dans le monde qui, franchement, ne sont pas aussi bienveillants que le nôtre; où, lorsque les gens sont accusés de quelque chose, ils doivent se lever et répondre aux accusations; on vous reproche d'avoir fait quelque chose; alors vous devez prouver, vous devez dire pourquoi vous n'êtes pas coupable. Ce n'est heureusement pas ainsi que les choses se passent au Canada. Nous avons le luxe et la gratitude [*sic*] de disposer d'un système dans lequel l'État est tenu de prouver la culpabilité de l'accusé avant qu'une condamnation ou un verdict de culpabilité puisse être prononcé.

Dans cette situation, c'est la raison pour laquelle M. Prokofiew n'a pas à présenter de preuve, et c'est pourquoi il ne l'a pas fait. Pour ce qui est de la déclaration de [l'avocat de M. Solty], eh bien, oui, M. Solty a témoigné, mais, avec égards, je dirais qu'il n'avait pas le choix. Il était impliqué dans chaque aspect de ces opérations. Il était dans les opérations jusqu'au cou. En conséquence, il n'avait pas d'autre choix que de témoigner. Pour ce qui est de M. Prokofiew, comme je le mentionne dans mon argumentation, la preuve se résume au

the evidence of Mr. Tulloch, and juxtaposed by the evidence of Peter Solty. With the greatest respect to them, their evidence does not come close to establishing guilt beyond a reasonable doubt in this case. And in the context of what Mr. Solty testified to will simply adjust the position of the evidence of Mr. Tulloch. Nothing more, nothing less. [A.R., vol. V, at pp. 27-28]

[85] With respect, unlike the Court of Appeal, I believe these comments by counsel for Mr. Prokofiew lend little curative weight to the absence of a remedial instruction by the trial judge.

[86] It is true that "[a]ppellate review of the trial judge's charge will encompass the addresses of counsel as they may fill gaps left in the charge" (*R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 58). However, we are not dealing in this case with a failure by the trial judge to mention evidence that is brought to the jury's attention by counsel in their closing submissions. Nor are we concerned with uncontested or uncontroversial matters inadvertently omitted from the judge's charge. Or with any other gap of the kind contemplated by *Daley*.

[87] That is not our case. Here, the jurors were faced with *conflicting* comments by counsel that complicated — rather than complemented — the "gap" in the judge's charge. They were left to determine for themselves, with no assistance from the judge, the evidentiary and legal effect of Mr. Prokofiew's failure to testify at trial.

[88] It is true that the addresses of counsel may in some circumstances adequately complement the judge's charge. But that cannot be so where counsel for two antagonistic accused make diametrically opposite submissions on a fundamental principle of law, as in this case.

[89] We have no basis for supposing that the jury understood, in the absence of an explicit instruction

témoignage de M. Tulloch, auquel se juxtapose celui de Peter Solty. Soit dit avec le plus grand respect, leur témoignage est loin d'établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable en l'espèce. Et dans le contexte de la teneur du témoignage de M. Solty, ce témoignage ne fait que moduler celui de M. Tulloch. Rien de plus rien de moins. [d.a., vol. V, p. 27-28]

[85] Avec égards, contrairement à la Cour d'appel, je crois que ces commentaires de l'avocat de M. Prokofiew font très peu pour combler l'absence de directive correctrice de la part du juge du procès.

[86] Il est vrai que « [l]'examen en appel de l'exposé au jury portera aussi sur les plaidoiries des avocats qui pourraient en combler les lacunes » (*R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 58). Toutefois, nous ne sommes pas en présence d'un cas où le juge du procès a omis de faire état d'éléments de preuve que les avocats ont porté à l'attention du jury dans leur exposé final. Il n'est pas question non plus de points non contestés ou non controversés que le juge aurait, par inadvertance, omis d'aborder dans son exposé, ou de quelque autre lacune envisagée dans *Daley*.

[87] Il ne s'agit de rien de cela en l'espèce. Dans la présente affaire, les jurés se trouvaient plutôt devant des commentaires *contradictoires* des avocats, commentaires qui compliquaient — au lieu de combler — les « lacunes » de l'exposé du juge. Les jurés ont été laissés à eux-mêmes et ont dû déterminer seuls, sans aide de la part du juge, les conséquences juridiques ainsi que les conséquences du point de vue de la preuve du défaut de M. Prokofiew de témoigner au procès.

[88] Il est vrai que, dans certaines circonstances, les plaidoiries des avocats peuvent compléter adéquatement l'exposé du juge. Toutefois, cela n'est pas possible dans les cas où, comme en l'espèce, les avocats représentant des accusés s'opposant mutuellement formulent des observations diamétralement opposées sur un principe juridique fondamental.

[89] Rien ne nous permet de penser que le jury a su déterminer, malgré l'absence de directive

by the judge, which counsel had stated the law correctly. The jury had no informed reason to believe one lawyer rather than the other. The guiding hand of the trial judge was essential — and absent.

[90] Most importantly, *neither* the judge's instructions cited by the Court of Appeal *nor* the comments by counsel for Mr. Prokofiew address the impermissibility of drawing an adverse inference from Mr. Prokofiew's silence.

[91] The essence of the matter is that Mr. Solty's counsel had invited the jurors to draw the impermissible inference that Mr. Prokofiew was using his silence to "cloak his guilt" (*Avon*, at p. 655). In the Crown's words, "[he] suggested [to the jury] that [Mr. Prokofiew] had not testified because he was guilty of the alleged offences" (R.F., at para. 2).

[92] The impugned comments by Mr. Solty's counsel, as the trial judge recognized, cried out for an explicit, remedial instruction. They received no remedial instruction at all. I agree with the Court of Appeal that "no one knows for sure what the jury used or did not use" (para. 42). What we do know for sure is that they were left free to treat Mr. Prokofiew's failure to testify as evidence of his guilt and to convict him, at least in part, for that reason.

[93] In my respectful view, this alone is fatal to their verdict.

[94] Trial judges must take care to ensure that the right to silence becomes neither a snare nor a delusion (*Noble*, at para. 72). To this end, whenever there is a "significant risk" — as the trial judge found in this case — that the jury will otherwise treat the silence of the accused as evidence of guilt, an appropriate remedial direction ought to be given to the jury. That was not done here.

explicite du juge, lequel des avocats avait exposé correctement le droit. Le jury ne disposait d'aucune assise rationnelle l'incitant à croire un des avocats plus que l'autre. L'assistance du juge du procès était dès lors essentielle, mais elle ne s'est pas matérialisée.

[90] Fait plus important encore, *ni* les directives du juge qu'a citées la Cour d'appel *ni* les commentaires de l'avocat de M. Prokofiew ne font état de l'interdiction de tirer une inférence négative du silence de ce dernier.

[91] Le nœud du problème vient du fait que l'avocat de M. Solty a invité les jurés à inférer — alors que cela leur était interdit — que M. Prokofiew choisissait de garder le silence pour « masquer sa culpabilité » (*Avon*, p. 655). Pour reprendre les propos du ministère public, [TRADUCTION] « [il] a laissé entendre [au jury] que [M. Prokofiew] n'avait pas témoigné parce qu'il était coupable des infractions reprochées » (m.i., par. 2).

[92] Comme l'a reconnu le juge du procès, les commentaires reprochés à l'avocat de M. Solty commandaient une directive correctrice explicite. Les jurés n'en ont reçu aucune. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que [TRADUCTION] « nul ne sait avec certitude ce que le jury a utilisé ou n'a pas utilisé » (par. 42). Ce dont nous sommes certains, cependant, c'est que le juge les a laissés libres de considérer le défaut de témoigner de M. Prokofiew comme une preuve de sa culpabilité et de le déclarer coupable, à tout le moins en partie, pour cette raison.

[93] À mon avis, ce facteur porte à lui seul un coup fatal au verdict des jurés.

[94] Le juge qui préside un procès doit veiller à ce que le droit au silence ne devienne pas un piège pour l'accusé (*Noble*, par. 72). À cette fin, il doit donner au jury une directive réparatrice adéquate dès qu'il existe un [TRADUCTION] « risque important » — tel celui constaté par le juge du procès en l'espèce — que, en l'absence d'une telle directive, le jury considère le silence de l'accusé comme une preuve de sa culpabilité. Cela n'a pas été fait en l'espèce.

[95] Standard instructions on the definition of evidence, the presumption of innocence, the Crown's burden of proof, and the reasonable doubt standard will not suffice. That is particularly true where, as here, counsel for one accused has suggested unmistakably to the jury that the guilt of a co-accused may be inferred from that person's failure to testify.

V

[96] The judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Naglik* (1991), 3 O.R. (3d) 385, rev'd on other grounds, [1993] 3 S.C.R. 122, has been cited as authority for the proposition that counsel may comment on the failure of a co-accused to testify (for example, by the Court of Appeal in this case, at para. 12; see also *Crawford*, at para. 24; *R. v. Pollock* (2004), 188 O.A.C. 37, at para. 149; *R. v. Oliver* (2005), 194 O.A.C. 284, at para. 65).

[97] This aspect of the matter has not been fully canvassed in the courts below. And the outcome of this appeal does not turn on whether the Court of Appeal in *Naglik* was correct. I therefore think it sufficient for present purposes to make clear that *Naglik* does not support the proposition that counsel may invite the jury to use a co-accused's silence at trial as evidence of guilt, as Mr. Solty's counsel did in this case.

[98] First, *Naglik* was decided several years before *Noble*. The Court of Appeal found that the impugned comment by counsel in that case was, at the time, correct in law (see p. 395). Second, in *Naglik* the Court of Appeal went on to say that counsel may not "encourage the jury to speculate or draw unwarranted inferences" (p. 397). What was an unwarranted inference then is an impermissible inference now, in virtue of *Noble*. Third, this Court expressly declined in *Naglik* to determine whether counsel may refer to the failure of a co-accused to testify (p. 137).

[95] Les directives habituellement données pour définir la preuve, la présomption d'innocence, le fardeau de preuve qui incombe au ministère public et le doute raisonnable ne suffisent pas. C'est particulièrement vrai dans les cas où, comme en l'espèce, l'avocat d'un accusé laisse clairement entendre au jury que la culpabilité d'un coaccusé peut s'inférer du défaut de celui-ci de témoigner.

V

[96] L'arrêt *R. c. Naglik* (1991), 3 O.R. (3d) 385, de la Cour d'appel de l'Ontario (infirmé pour d'autres raisons, [1993] 3 R.C.S. 122), a été invoqué au soutien de l'argument voulant qu'un avocat puisse commenter le défaut de témoigner d'un coaccusé (notamment par la Cour d'appel en l'espèce, au par. 12; voir aussi *Crawford*, par. 24; *R. c. Pollock* (2004), 188 O.A.C. 37, par. 149; *R. c. Oliver* (2005), 194 O.A.C. 284, par. 65).

[97] Cet aspect de la question n'a pas été débattu en profondeur devant les juridictions inférieures. De plus, l'issue du présent pourvoi ne dépend pas de la question de savoir si la Cour d'appel avait ou non raison dans l'affaire *Naglik*. Par conséquent, il m'apparaît suffisant, pour les besoins du présent pourvoi, d'indiquer clairement que *Naglik* ne permet pas d'affirmer qu'un avocat peut, comme l'a fait l'avocat de M. Solty en l'espèce, inviter le jury à considérer le silence d'un coaccusé au procès comme une preuve de sa culpabilité.

[98] Premièrement, l'affaire *Naglik* a été tranchée plusieurs années avant *Noble*. La Cour d'appel a jugé que les commentaires reprochés à l'avocat dans cette affaire étaient, à l'époque, conformes au droit applicable (voir p. 395). Deuxièmement, dans *Naglik* la Cour d'appel a ajouté qu'un avocat ne peut « encourager le jury à se livrer à des conjectures ou à tirer des inférences injustifiées » (p. 397). Ce qui était alors considéré comme une inférence injustifiée est aujourd'hui devenu, par l'effet de l'arrêt *Noble*, une inférence prohibée. Enfin, dans *Naglik*, notre Cour a expressément refusé de trancher la question de savoir si un avocat peut faire état du défaut d'un coaccusé de témoigner (p. 137).

[99] As a matter of principle, I see no reason why counsel whose client has testified cannot refer to that fact and suggest this indicates the client is innocent and has "nothing to hide". Counsel may certainly emphasize as well that the client's testimony stands uncontradicted, even when the client asserts his or her own innocence and imputes guilt to the co-accused.

[100] The right to make full answer and defence is not constrained by the unfavourable impact its effective exercise may have on others in jeopardy of conviction. It is, however, not absolute and cannot be exercised with total disregard for the constitutional rights of a co-accused, including that person's right not to have his or her silence treated as evidence of guilt.

VI

[101] It is uncontested that the trial judge erred in law by admitting hearsay evidence that ought to have been excluded.

[102] The impugned evidence consisted of cheque stubs and a deposit book. The Crown alleged at trial that the stubs and deposit book recorded cash payments made to Mr. Prokofiew from Discount Sales, one of the commercial vehicles of the fraud. Counsel for Mr. Prokofiew disputed that the "E" to which the documents referred was his client, Ewaryst "Eddie" Prokofiew.

[103] While conceding that the hearsay evidence should have been excluded, the Crown submits that its erroneous admission is of negligible significance. As we shall see, I am of a different view.

VII

[104] We are urged by the Crown to apply the curative *proviso* of s. 686(1)(*b*)(iii) if we conclude, as I would, that the trial judge erred in law in failing to give the jury the remedial instruction requested by defence counsel and, again, in admitting the hearsay evidence that ought to have been excluded.

[99] En principe, je ne vois pas pourquoi un avocat dont le client a témoigné ne pourrait faire état de ce fait et prétendre que cela tend à indiquer que ce dernier est innocent et « n'a rien à cacher ». Un avocat peut certainement souligner aussi que le témoignage de son client n'est pas contredit, même lorsque ce dernier clame son innocence et impute à son coaccusé la responsabilité des faits reprochés.

[100] Le droit à une défense pleine et entière n'est pas limité par l'effet défavorable que pourrait avoir son exercice effectif sur d'autres personnes risquant une condamnation. Toutefois, ce droit n'est pas absolu pour autant, et il ne peut être exercé au mépris total des droits constitutionnels d'un coaccusé, y compris le droit de cette personne de garder le silence sans que son silence soit considéré comme une preuve de sa culpabilité.

VI

[101] Personne ne conteste le fait que le juge du procès a commis une erreur de droit en admettant une preuve par ouï-dire qui aurait dû être écartée.

[102] La preuve contestée était composée de talons de chèque et d'un livret de dépôt. Au procès, le ministère public a prétendu que ces pièces constataient des paiements en liquide faits à M. Prokofiew par Discount Sales, l'une des sociétés utilisées comme instrument de la fraude. L'avocat de M. Prokofiew a plaidé que le « E » inscrit sur les documents ne désignait pas son client, Ewaryst « Eddie » Prokofiew.

[103] Bien qu'il concède que cette preuve par ouï-dire aurait dû être écartée, le ministère public soutient que son admission n'a eu qu'une portée négligeable. Comme on le verra, je ne suis pas de cet avis.

VII

[104] Le ministère public exhorte la Cour à appliquer la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)*b*)(iii) si elle conclut, comme je serais disposé à le faire, que le juge du procès a commis une erreur de droit, d'une part en ne donnant pas au jury la directive correctrice sollicitée par l'avocat de la défense et, d'autre part, en admettant la preuve par ouï-dire qui aurait dû être exclue.

[105] It is now well established that the *proviso* may only be applied where the Crown satisfies the court that the evidence of the appellant's guilt is overwhelming or that the trial judge's errors of law were harmless because there is "no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict" (*R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, at para. 46; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505, at paras. 23-24). I am not satisfied that the Crown has discharged its burden in this case.

[106] The Court of Appeal held that the case against Mr. Prokofiew was "overwhelming" (para. 57). This conclusion overlooks the fact that the strength of the Crown's case depends on the credibility of the two witnesses who incriminated Mr. Prokofiew, both disreputable. And it rests on the assumption that neither of the judge's errors of law has any bearing on their credibility, tainted to begin with.

[107] I refer, of course, to the co-accused, Mr. Solty, and to Andrew Tulloch, a Crown witness. Mr. Tulloch had pleaded guilty prior to the trial. They alone asserted that Mr. Prokofiew was the architect of the fraudulent scheme. None of the Crown's other witnesses had dealt with Mr. Prokofiew directly or were able to attest to his knowing participation in the fraud. Some documentary evidence demonstrated Mr. Prokofiew's involvement in the transactions. But nothing in the documents or elsewhere — independent of Mr. Solty and Mr. Tulloch's testimony — showed conclusively that he conducted them with fraudulent intent.

[108] It was, of course, open to the jury to consider the testimony of Mr. Solty and Mr. Tulloch credible. Quite properly, however, the trial judge warned the jury against resting its verdict on their uncorroborated evidence. Mr. Tulloch was a *Vetrovec* witness (*Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811). The trial judge therefore instructed the

[105] Il est maintenant bien établi que cette disposition réparatrice ne peut être appliquée que dans les cas où le ministère public convainc la Cour que la preuve de la culpabilité de l'appelant est accablante ou encore lorsque les erreurs de droit du juge du procès étaient inoffensives, étant donné qu'il n'y a alors « aucune possibilité réaliste qu'un nouveau procès aboutisse à un verdict différent » (*R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 46; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505, par. 23-24). Je ne suis pas convaincu que le ministère public s'est acquitté de ce fardeau de preuve en l'espèce.

[106] La Cour d'appel a jugé [TRADUCTION] « accablante » la preuve présentée contre M. Prokofiew (par. 57). Cette conclusion ne tient pas compte du fait que la solidité de la preuve à charge en l'espèce dépend de la crédibilité des deux témoins qui ont incriminé M. Prokofiew, deux individus peu recommandables; elle repose en outre sur l'hypothèse selon laquelle il n'existe aucune corrélation entre les erreurs de droit du juge et la crédibilité, par ailleurs déjà entachée, de ces témoins.

[107] Je parle naturellement du coaccusé, M. Solty, et d'un témoin à charge, Andrew Tulloch, lequel avait plaidé coupable avant le procès. Seuls ces deux témoins ont affirmé que M. Prokofiew avait échafaudé le stratagème frauduleux. Aucun des autres témoins à charge n'a déposé directement au sujet de M. Prokofiew ou a été en mesure d'attester que ce dernier avait sciemment participé à la fraude. Des éléments de preuve documentaire démontraient l'implication de M. Prokofiew dans les opérations. Mais rien dans ces documents ou dans d'autres éléments de preuve — abstraction faite du témoignage de MM. Solty et Tulloch — n'établissait de façon incontestable que M. Prokofiew avait agi dans une intention frauduleuse.

[108] Il était bien sûr loisible aux jurés de considérer que les témoignages de MM. Solty et Tulloch étaient crédibles. Toutefois, le juge du procès a, à très juste titre, invité les jurés à ne pas fonder leur verdict sur ces témoignages non corroborés. Monsieur Tulloch était un témoin du type visé dans l'arrêt *Vetrovec* (*Vetrovec c. La Reine*, [1982]

jury that it would be "dangerous" to rely on his testimony absent confirmatory evidence (A.R., vol. V, at p. 160). The trial judge also cautioned the jury against relying on Mr. Solty's evidence when considering the case against Mr. Prokofiew:

> You should consider that testimony of Mr. Solty with particular care, because he may have been more concerned about protecting himself and damaging Mr. Prokofiew than in telling the truth. [A.R., vol. V, at p. 156]

[109] In addition, counsel for Mr. Prokofiew suggested at trial that Mr. Solty was motivated by a powerful animus against Mr. Prokofiew: Mr. Solty was aware that Mr. Prokofiew had had an affair with Mr. Solty's wife.

[110] When confronted with tainted witnesses of this sort, triers of fact must act on their evidence with caution (*Vetrovec*; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Kehler*, 2004 SCC 11, [2004] 1 S.C.R. 328). Accordingly, they will not lightly accept the unsupported assertions of potentially unreliable witnesses where little but the word of those witnesses implicates the accused in the commission of the crime charged (*Kehler*, at para. 17; *Bevan*, at pp. 614-15; *R. v. Brooks* (1998), 41 O.R. (3d) 661 (C.A.), at pp. 694-95).

[111] And when such witnesses are central to the Crown's case, as they were here, corroboration becomes particularly significant. In this regard, an evidential error that might otherwise appear insignificant raises particular concern when it goes to the credibility of potentially unreliable witnesses. Unaware of its erroneous admission, the trier of fact may rely on the impugned evidence to take a small but critical first step in a chain of deductions leading to a finding of guilt.

[112] On any view of the matter, neither of the errors committed by the trial judge can be

1 R.C.S. 811). Le juge a donc indiqué aux jurés qu'il serait [TRADUCTION] « dangereux » de se fier à son témoignage en l'absence de preuve corroborante (d.a., vol. V, p. 160). Il les a également mis en garde relativement à l'utilisation du témoignage de M. Solty dans leur appréciation de la preuve à charge contre M. Prokofiew :

> [TRADUCTION] Vous devez considérer le témoignage de M. Solty avec beaucoup de prudence, car ce dernier cherchait peut-être davantage à se protéger et à jeter le blâme sur M. Prokofiew qu'à dire la vérité. [d.a., vol. V, p. 156]

[109] En outre, l'avocat de M. Prokofiew avait laissé entendre au procès que M. Solty était mû par une animosité intense à l'endroit de M. Prokofiew : il savait que ce dernier avait eu une liaison avec sa femme.

[110] Le juge des faits doit aborder le témoignage de tels témoins tarés avec prudence (*Vetrovec*; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Kehler*, 2004 CSC 11, [2004] 1 R.C.S. 328). Par conséquent, il n'acceptera pas à la légère les affirmations non étayées de témoins dont la fiabilité pourrait être mise en doute, dans les cas où il n'y a guère que leur parole qui implique l'accusé dans le crime reproché (*Kehler*, par. 17; *Bevan*, p. 614-615; *R. c. Brooks* (1998), 41 O.R. (3d) 661 (C.A.), p. 694-695).

[111] Qui plus est, lorsque de tels témoins sont cruciaux pour la thèse du ministère public, comme c'était le cas ici, la corroboration devient alors particulièrement importante. À cet égard, une erreur en matière de preuve qui pourrait autrement paraître négligeable soulève des inquiétudes particulières lorsqu'elle touche à la crédibilité de témoins dont la fiabilité pourrait être mise en doute. Ne sachant pas que l'élément contesté a été admis erronément en preuve, le juge des faits pourrait alors s'appuyer sur cet élément pour tirer une première inférence limitée mais capitale dans une série de déductions menant à un verdict de culpabilité.

[112] Quel que soit l'angle par lequel on les aborde, aucune des erreurs commises par le juge

characterized as trivial. As I have already mentioned, the absence of a remedial direction is in my view sufficient to require a new trial. That error was exacerbated by the erroneous admission of hearsay evidence. In his charge to the jury, the trial judge referred to that evidence as tending to corroborate the evidence of Mr. Tulloch (A.R., vol. V, at p. 161). If they found that it did, this would likely bear as well on the jury's evaluation of the credibility of Mr. Solty, whose evidence, the trial judge said, was in turn corroborated by Mr. Tulloch's (A.R., vol. V, at p. 161). And the acceptance of their evidence, I repeat, was essential to the Crown's case against Mr. Prokofiew.

[113] In these circumstances, the Crown cannot be said to have satisfied its onerous burden in invoking the curative *proviso* of s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*.

VIII

[114] For all of these reasons, I would allow the appeal and order a new trial.

Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. *and* LEBEL, FISH *and* CROMWELL JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Russell Silverstein & Associate, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck Presser, Toronto.

du procès ne saurait être qualifiée de négligeable. Comme je l'ai mentionné plus tôt, l'absence de directive correctrice est à mon avis suffisante pour exiger la tenue d'un nouveau procès. Cette erreur a été exacerbée par l'admission erronée d'une preuve par ouï-dire. Dans son exposé au jury, le juge du procès a indiqué que cette preuve tendait à corroborer le témoignage de M. Tulloch (d.a., vol. V, p. 161). Si les jurés ont conclu que cette preuve avait cet effet, cela a vraisemblablement influé aussi sur leur appréciation de la crédibilité de M. Solty, dont le témoignage, a affirmé le juge, était lui-même corroboré par celui de M. Tulloch (d.a., vol. V, p. 161). Et, je le répète, l'acceptation de ces témoignages par les jurés était essentielle à la thèse du ministère public contre M. Prokofiew.

[113] Dans ces circonstances, il est impossible d'affirmer que le ministère public a satisfait au lourd fardeau de preuve requis pour que s'applique la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*.

VIII

[114] En conséquence, j'accueillerais le pourvoi et j'ordonnerais un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN *et les juges* LEBEL, FISH *et* CROMWELL *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant : Russell Silverstein & Associate, Toronto.

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

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

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck Presser, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Ruby Shiller Chan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Ruby Shiller Chan, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Nicole Rochon *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. *v.* ROCHON

2012 SCC 50

File No.: 34557.

2012: October 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF QUEBEC

Criminal law — Parties to offences — Doing or omitting to do anything to aid any person to commit offence — Accused entrusting property to son and failing to report son's marijuana cultivation on property — Evidence insufficient to establish that accused aided in commission of offence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 21(1)(b).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec (Duval Hesler C.J.Q., Dalphond and Kasirer JJ.A.), 2011 QCCA 2012, 90 C.R. (6th) 38, SOQUIJ AZ-50799783, [2011] J.Q. nº 15669 (QL), 2011 CarswellQue 12372, setting aside the accused's conviction for being a party to drug-related offences entered by Chevalier J., 2008 QCCQ 7960, SOQUIJ AZ-50513168, [2008] J.Q. nº 8940 (QL), 2008 CarswellQue 8968. Appeal dismissed, Cromwell J. dissenting.

Jean Campeau and *Christine Lafrance*, for the appellant.

Julie Giroux and *Alexandre Bergevin*, for the respondent.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Nicole Rochon *Intimée*

et

Directeur des poursuites pénales du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* ROCHON

2012 CSC 50

Nº du greffe : 34557.

2012 : 16 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Participants aux infractions — Accomplir ou omettre d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à commettre une infraction — Propriété confiée par l'accusée à son fils et omission par la première de signaler la culture par le second de marijuana sur cette propriété — Preuve insuffisante pour établir que l'accusée a aidé à commettre l'infraction — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1)b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Dalphond et Kasirer), 2011 QCCA 2012, 90 C.R. (6th) 38, SOQUIJ AZ-50799783, [2011] J.Q. nº 15669 (QL), 2011 CarswellQue 12372, qui a écarté la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé par le juge Chevalier pour avoir participé à des infractions liées à la drogue, 2008 QCCQ 7960, SOQUIJ AZ-50513168, [2008] J.Q. nº 8940 (QL), 2008 CarswellQue 8968. Pourvoi rejeté, le juge Cromwell est dissident.

Jean Campeau et *Christine Lafrance*, pour l'appelante.

Julie Giroux et *Alexandre Bergevin*, pour l'intimée.

François Lacasse, for the intevener.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] FISH J. — It is unnecessary to decide in this case whether an omission "to do anything" can serve as a basis for conviction under s. 21(1)(*b*) of the *Criminal Code*, where the accused did not have a duty to act.

[2] In light of the trial judge's findings of fact, we agree with the majority of the Court of Appeal that the evidence was insufficient to establish to the required degree of certainty that the respondent had acted, or failed to act, for the purpose of aiding any person to commit the crimes mentioned in the indictment, even if that was clearly the result.

[3] For these reasons, the appeal is dismissed.

[4] Cromwell J., dissenting, would have allowed the appeal, substantially for the reasons given by Dalphond J.A., dissenting in the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Jean Campeau, Gatineau.

Solicitors for the respondent: Bergevin & Associés, Montréal.

Solicitor for the interverner: Public Prosecution Service of Canada, Ottawa.

François Lacasse, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE FISH — Il n'est pas nécessaire de décider en l'espèce si une omission « d'accomplir quelque chose » ne saurait fonder une déclaration de culpabilité aux termes de l'al. 21(1)*b*) du *Code criminel* en l'absence d'un devoir d'agir de la part de l'accusé(e).

[2] Compte tenu des conclusions de fait du premier juge, nous sommes d'accord avec les juges de la majorité en Cour d'appel que la preuve était insuffisante pour conclure avec la certitude requise que l'intimée ait agi ou omis d'agir en vue d'aider quelqu'un à commettre les crimes mentionnés à l'acte d'accusation, même si cela en était le résultat manifeste.

[3] Pour ces motifs, l'appel est rejeté.

[4] Le juge Cromwell, dissident, aurait accueilli le pourvoi, essentiellement pour les motifs du juge Dalphond, dissident en Cour d'appel.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Jean Campeau, Gatineau.

Procureurs de l'intimée : Bergevin & Associés, Montréal.

Procureur de l'intervenant : Service des poursuites pénales du Canada, Ottawa.

Southcott Estates Inc. *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Toronto Catholic District School Board *Respondent/Appellant on cross-appeal*

INDEXED AS: SOUTHCOTT ESTATES INC. *v.* TORONTO CATHOLIC DISTRICT SCHOOL BOARD

2012 SCC 51

File No.: 33778.

2012: March 20; 2012: October 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Commercial contracts — Remedies — Specific performance — Duty to mitigate — Single-purpose company entering into agreement for purchase of land — Vendor breaching contractual obligations — Company seeking specific performance — Whether single-purpose company must mitigate its losses — Whether plaintiff seeking specific performance has obligation to mitigate its losses — Whether trial judge erred in concluding there were no comparable properties available for mitigation.

The appellant S is a single-purpose company incorporated solely for the purpose of a specific land purchase, with no assets other than money advanced to it by its parent company for the deposit relating to such purchase. It entered into an agreement of purchase and sale for a specific property with the respondent. When the respondent failed to satisfy a condition and refused to extend the closing date, S sought specific performance of the contract. It argued that it was not required to mitigate its losses. The trial judge refused to award specific performance but awarded damages to S in the amount of $1,935,500. The Court of Appeal concluded that the respondent had breached its contractual obligations but that S had failed to take available steps to mitigate its losses. It reduced the damage award to a nominal sum.

Southcott Estates Inc. *Appelante/intimée au pourvoi incident*

c.

Toronto Catholic District School Board *Intimé/appelant au pourvoi incident*

RÉPERTORIÉ : SOUTHCOTT ESTATES INC. *c.* TORONTO CATHOLIC DISTRICT SCHOOL BOARD

2012 CSC 51

N° du greffe : 33778.

2012 : 20 mars; 2012 : 17 octobre.

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

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

Contrats — Contrats commerciaux — Recours — Exécution intégrale — Obligation de mitiger le préjudice — Promesse d'achat d'un terrain par une société à but unique — Inexécution de la promesse de vente par le promettant-vendeur — Demande d'exécution intégrale par la société — Une société à but unique doit-elle mitiger ses pertes? — La demanderesse qui cherche à obtenir l'exécution intégrale a-t-elle l'obligation de mitiger ses pertes? — Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure qu'aucun immeuble comparable n'aurait pu servir à mitiger le préjudice?

L'appelante S est une société à but unique constituée dans le seul but d'acheter un terrain en particulier. Elle n'a pas d'actifs autres que l'argent avancé par sa société mère pour le dépôt à verser en vue de cet achat. S a conclu avec l'intimé une promesse d'achat et de vente du terrain en cause. Lorsque l'intimé a fait défaut de satisfaire à une des conditions de l'entente et a refusé de proroger la date de clôture, S a réclamé l'exécution intégrale du contrat. Cette dernière a plaidé qu'elle n'était pas tenue de mitiger ses pertes. Le juge de première instance a refusé d'ordonner l'exécution intégrale du contrat mais a accordé à S la somme de 1 935 500 $ à titre de dommages-intérêts. La Cour d'appel a conclu que l'intimé n'avait pas respecté le contrat mais que S avait omis de prendre les mesures appropriées pour mitiger ses pertes. Elle a ramené à une somme symbolique le montant accordé à titre de dommages-intérêts.

Held (McLachlin C.J. dissenting): The appeal and cross-appeal should be dismissed.

Per LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell and Karakatsanis JJ.: Mitigation is a doctrine based on fairness and common sense, which seeks to do justice between the parties in the particular circumstances of the case. As a general rule, a plaintiff will not be able to recover those losses which he could have avoided by taking reasonable steps.

The main issue is whether S, a single-purpose corporation, was excused from mitigating its losses when the vendor breached the agreement of purchase and sale, and particularly when it had promptly brought an action for specific performance. As a separate legal entity, S was required to mitigate by making diligent efforts to find a substitute property. Those who choose the benefits of incorporation must bear the corresponding burdens. One such responsibility is to take steps to mitigate losses. A plaintiff cannot recover losses that could reasonably have been avoided. S sought specific performance and was therefore ready to complete the purchase. Its alternative claim for consequential damages was predicated upon its access to capital to complete the agreement of purchase and sale. As such, both claims were premised upon resources that were not tied up as a result of the breach alleged. S can hardly argue that the same money would not have been available for mitigation. In the absence of actual evidence of impecuniosity, finding that losses cannot be reasonably avoided, simply because the corporation is a single-purpose corporation within a larger group of companies, would give these corporations an unfair advantage. If single-purpose corporations were not required to mitigate their losses, this could expose defendants contracting with such corporations to higher damage awards.

This Court has recognized that there may be situations in which a plaintiff's inaction is justifiable notwithstanding its failure to obtain an order for specific performance. If the plaintiff has a "fair, real, and substantial justification" or a "substantial and legitimate interest" in specific performance, its refusal to purchase other property may be reasonable, depending upon the circumstances of the case. A plaintiff deprived of an investment property does not have a "fair, real, and substantial justification" or a "substantial and legitimate interest" in specific performance unless he can show that money is not a complete remedy because the

Arrêt (la juge en chef McLachlin est dissidente) : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Les juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell et Karakatsanis.: La notion de mitigation du préjudice repose sur l'équité et le bon sens et vise à assurer la justice entre les parties en fonction des circonstances propres à l'espèce. En principe, un demandeur ne peut se faire indemniser d'une perte qu'il aurait pu éviter par des précautions raisonnables.

La principale question en litige est de savoir si S, une société à but unique, était relevée de son obligation de mitiger ses pertes lorsque le promettant-vendeur n'a pas respecté la promesse d'achat et de vente, en particulier lorsqu'elle a rapidement intenté une action en exécution intégrale. En tant qu'entité juridique distincte, S était tenue de mitiger ses pertes en faisant diligence pour trouver une autre propriété. Quiconque choisit de bénéficier des avantages de la constitution en société doit en supporter les inconvénients. La société a notamment la responsabilité de prendre des mesures pour mitiger ses pertes. Un demandeur ne peut se faire indemniser des pertes qu'il pouvait raisonnablement éviter. S réclamait l'exécution intégrale; elle était donc prête à parfaire l'achat. Sa demande subsidiaire de dommages-intérêts pour préjudice indirect dépendait de l'obtention, pour elle, de capitaux lui permettant de parfaire la vente. En fait, les deux demandes étaient fondées sur la possibilité d'obtenir des ressources qui n'étaient pas bloquées par suite de l'inexécution reprochée. S ne peut guère prétendre que les mêmes fonds n'auraient pas pu servir à mitiger le préjudice. À défaut d'éléments de preuve concrets démontrant le manque de ressources, le fait de conclure que les pertes ne peuvent raisonnablement être évitées du simple fait qu'il s'agit d'une société à but unique membre d'un consortium de sociétés aurait pour effet de conférer à ces sociétés un avantage injustifié. Si les sociétés à but unique n'étaient pas tenues de mitiger leurs pertes, les défendeurs qui signent des contrats avec elles seraient susceptibles d'être condamnés à des dommages-intérêts plus élevés.

Notre Cour a reconnu que dans certains cas, l'inaction du demandeur peut se justifier malgré le fait qu'il n'a pas réussi à obtenir l'exécution intégrale. Si le demandeur réclame l'exécution intégrale en se fondant sur des « motifs équitables, réels et importants » ou un « intérêt important et légitime », son refus d'acheter un autre bien peut être justifié, compte tenu des circonstances de l'espèce. Un demandeur privé d'un immeuble de placement ne peut exiger l'exécution intégrale en invoquant des « motifs équitables, réels et importants » ou un « intérêt important et légitime » que s'il peut démontrer que l'octroi d'une somme d'argent ne

land has "a peculiar and special value" to him. S has not demonstrated such a claim and therefore cannot justify its inaction. S was engaged in a commercial transaction for the purpose of making a profit. The property's particular qualities were only of value due to their ability to further profitability, for which damages were an adequate remedy.

Where it is alleged that the plaintiff has failed to mitigate, the defendant bears the burden of proving that the plaintiff has failed to make reasonable efforts to mitigate and that mitigation was possible. Whether or not there were comparable properties and whether they are profitable is a finding of fact. The trial judge made a palpable and overriding error in finding there were no comparable mitigation opportunities. He failed to consider the reasonable and available inferences arising from expert evidence regarding other land suitable for development sold in the area, the investment properties purchased by the parent company of S and the absence of evidence to the contrary. The respondent discharged the burden of showing that there were other comparable development properties available in the relevant time period to mitigate the losses.

Per McLachlin C.J. (dissenting): The Board, having breached the contract, bears the onus of proving that S unreasonably failed to mitigate its loss. This entails establishing, on a balance of probabilities: (1) that an opportunity to mitigate the loss was available to S; and (2) that S unreasonably failed to pursue that opportunity. The trial judge's finding that the Board failed to establish that S had an opportunity to mitigate is sufficient to dispose of the appeal. This finding was grounded in the evidence and did not constitute palpable and overriding error. The Board failed to prove that another property comparable to the one that S sought to purchase was available. Neither the evidence of the Board's expert witness nor that of purchases by other subsidiaries of S's parent company established that a comparable property was available for S.

Moreover, S could not be unreasonable in failing to mitigate its loss because it reasonably maintained its action for specific performance. The act of filing a claim for specific performance is inconsistent with the act of acquiring a substitute property. A plaintiff, acting reasonably, cannot pursue specific performance and mitigate its potential loss of damages at the same time.

constituerait pas une réparation complète parce que cet immeuble a « une valeur particulière » pour lui. S n'a pas démontré que tel était le cas et elle ne peut donc justifier son inaction. Elle avait entrepris cette opération commerciale dans le but de réaliser un profit. Les caractéristiques particulières de l'immeuble tenaient seulement à sa valeur du fait qu'il pouvait s'avérer rentable, et les dommages-intérêts constituaient une réparation adéquate.

Lorsqu'il est allégué que le demandeur n'a pas mitigé le préjudice, il incombe au défendeur de démontrer que le demandeur n'a pas pris toutes les mesures raisonnables pour mitiger le préjudice et que la mitigation était possible. La question de savoir s'il existait des immeubles comparables et s'ils étaient rentables est une question de fait. Le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en affirmant qu'il n'y avait pas de possibilités de mitiger le préjudice. Il n'a pas considéré les inférences raisonnables que lui présentaient le témoignage de l'expert relativement à d'autres terrains susceptibles de mise en valeur vendus dans la région, les immeubles de placement acquis par la société mère de S ainsi que l'absence de preuve contraire. L'intimé s'est acquitté du fardeau de démontrer qu'il existait, au cours de la période en cause, d'autres immeubles de placement comparables qui auraient pu servir à mitiger les pertes.

La juge en chef McLachlin (dissidente) : Il incombe au conseil scolaire, qui n'a pas respecté le contrat, de prouver que le défaut de S de mitiger sa perte n'était pas justifié. Cela signifie qu'il doit établir, suivant la prépondérance des probabilités, (1) que S avait eu une possibilité de mitiger la perte et (2) que le défaut de S de se prévaloir de cette possibilité n'était pas justifié. La conclusion du juge de première instance selon laquelle le conseil scolaire n'a pas établi que S avait eu une possibilité de mitiger sa perte suffit pour disposer du pourvoi. La preuve appuyait cette conclusion qui n'était entachée d'aucune une erreur manifeste et dominante. Le conseil scolaire n'a pas prouvé qu'il se trouvait sur le marché une propriété comparable à celle que S avait tenté d'acquérir. Ni le témoignage de l'expert cité par l'intimé ni la preuve des acquisitions faites par d'autres filiales de la société mère de S n'ont établi que S pouvait trouver une propriété comparable.

De plus, S ne pouvait agir de façon injustifiée en faisant défaut de mitiger sa perte parce qu'elle était justifiée de maintenir son action en exécution intégrale. Le dépôt d'une demande d'exécution intégrale n'est pas compatible avec l'acquisition d'un bien de substitution. Le demandeur qui agit raisonnablement ne peut réclamer l'exécution intégrale du contrat et en même temps

There is no basis on which to conclude that S acted unreasonably in maintaining its suit for specific performance instead of mitigating its loss. S had a "fair, real, and substantial justification" for claiming specific performance. The property was uniquely suited to S's needs for single-family residential development within the City of Toronto. The evidence supported the view that there were no comparable substitute properties.

Furthermore, it is difficult to conclude that S unreasonably failed to mitigate given that S lacked the financial capacity to go into the market and purchase a substitute property.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Referred to: *Asamera Oil Corp. v. Seal Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74; *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661; *Redpath Industries Ltd. v. Cisco (The)*, [1994] 2 F.C. 279; *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2; *Semelhago v. Paramadevan*, [1996] 2 S.C.R. 415; *Adderley v. Dixon* (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

By McLachlin C.J. (dissenting)

Asamera Oil Corp. v. Seal Oil & General Corp., [1979] 1 S.C.R. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Dunkirk Colliery Co. v. Lever* (1878), 9 Ch. D. 20; *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146; *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067; *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; *Roper v. Johnson* (1873), L.R. 8 C.P. 167; *Lagden v. O'Connor*, [2003] UKHL 64, [2004] 1 All E.R. 277; *General Securities Ltd. v. Don Ingram Ltd.*, [1940] S.C.R. 670; *Andros Springs v. World Beauty*, [1970] P. 144; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place*, [1978] 2 S.C.R. 385; *Semelhago v. Paramadevan*, [1996] 2 S.C.R. 415.

Statutes and Regulations Cited

Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2.

mitiger sa perte éventuelle. Rien ne permet de conclure que S n'était pas justifiée de maintenir sa demande en justice pour exécution intégrale au lieu de mitiger sa perte. S avait des « motifs équitables, réels et importants » de réclamer l'exécution intégrale du contrat. La propriété se prêtait particulièrement bien aux besoins de S pour la construction d'un complexe résidentiel unifamilial dans la ville de Toronto. La preuve appuyait la prétention selon laquelle aucun terrain de substitution comparable n'était disponible.

En outre, il est difficile de conclure que le défaut de S de mitiger sa perte était injustifié étant donné qu'elle n'avait pas la capacité financière d'acheter sur le marché un terrain de substitution.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *Asamera Oil Corp. c. Seal Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74; *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661; *Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le)*, [1994] 2 C.F. 279; *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2; *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415; *Adderley c. Dixon* (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente)

Asamera Oil Corp. c. Seal Oil & General Corp., [1979] 1 R.C.S. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Dunkirk Colliery Co. c. Lever* (1878), 9 Ch. D. 20; *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146; *Darbishire c. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067; *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Roper c. Johnson* (1873), L.R. 8 C.P. 167; *Lagden c. O'Connor*, [2003] UKHL 64, [2004] 1 All E.R. 277; *General Securities Ltd. c. Don Ingram Ltd.*, [1940] R.C.S. 670; *Andros Springs c. World Beauty*, [1970] P. 144; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Apeco of Canada, Ltd. c. Windmill Place*, [1978] 2 R.C.S. 385; *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415,

Lois et règlements cités

Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2.

Authors Cited

Bates, Paul. "Mitigation of Damages: A Matter of Commercial Common Sense" (1992), 13 *Advocates' Q.* 273.

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 18th ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009.

Siebrasse, Norman. "Damages in Lieu of Specific Performance: *Semelhago v. Paramadevan*" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 551.

Yorio, Edward. "A Defense of Equitable Defenses" (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 1201.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Blair and MacFarland JJ.A.), 2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784, 261 O.A.C. 108, 319 D.L.R. (4th) 349, 93 R.P.R. (4th) 159, 71 B.L.R. (4th) 196, [2010] O.J. No. 1772 (QL), 2010 CarswellOnt 2602, setting aside a decision of Spiegel J. (2009), 78 R.P.R. (4th) 285, [2009] O.J. No. 428 (QL), 2009 CanLII 3567, 2009 CarswellOnt 494. Appeal and cross-appeal dismissed, McLachlin C.J. dissenting.

J. Thomas Curry, Milton A. Davis and *Paul-Erik Veel*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Andrew M. Robinson, Elizabeth K. Ackman and *Andrea Farkouh*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell and Karakatsanis JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] Real estate developers frequently create single-purpose corporations for the sole purpose of purchasing and developing properties for profit. The corporation has limited liability and no assets other than those that arise from the particular real estate investment. The issue raised in this appeal is whether such a single-purpose corporation is excused from mitigating its losses when the vendor breaches the agreement of purchase and sale, and

Doctrine et autres documents cités

Bates, Paul. « Mitigation of Damages : A Matter of Commercial Common Sense » (1992), 13 *Advocates' Q.* 273.

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 18th ed. London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009.

Siebrasse, Norman. « Damages in Lieu of Specific Performance : *Semelhago v. Paramadevan* » (1997), 76 *R. du B. can.* 551.

Yorio, Edward. « A Defense of Equitable Defenses » (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 1201.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Sharpe, Blair et MacFarland), 2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784, 261 O.A.C. 108, 319 D.L.R. (4th) 349, 93 R.P.R. (4th) 159, 71 B.L.R. (4th) 196, [2010] O.J. No. 1772 (QL), 2010 CarswellOnt 2602, qui a infirmé une décision du juge Spiegel (2009), 78 R.P.R. (4th) 285, [2009] O.J. No. 428 (QL), 2009 CanLII 3567, 2009 CarswellOnt 494. Pourvoi et pourvoi incident rejetés, la juge en chef McLachlin est dissidente.

J. Thomas Curry, Milton A. Davis et *Paul-Erik Veel*, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Andrew M. Robinson, Elizabeth K. Ackman et *Andrea Farkouh*, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

Version française du jugement des juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell et Karakatsanis rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] Des promoteurs immobiliers créent fréquemment des sociétés à but unique dans le seul objectif d'acquérir des immeubles et de les mettre en valeur pour réaliser un profit. Les sociétés à but unique sont des sociétés à responsabilité limitée qui ne possèdent comme actifs que ceux découlant du placement immobilier qu'elles font. Dans ce pourvoi, la question est de savoir si une telle société à but unique est dispensée de mitiger ses pertes en cas

particularly when it has promptly brought an action for specific performance. The further issue is whether the trial judge erred in his finding that there were no other "comparable" properties available to mitigate the loss.

[2] The appellant, Southcott Estates Inc., was part of the Ballantry Group of associated companies that acquired and developed land in the Greater Toronto Area ("GTA"). Southcott was a single-purpose corporation, without assets, created for the sole purpose of developing the property that is the subject of this action. When the vendor, the Toronto Catholic District School Board, failed to satisfy a condition and refused to extend the closing date, Southcott sought specific performance of the contract. It argues that it was not required to mitigate its losses.

[3] The trial judge ((2009), 78 R.P.R. (4th) 285) found that the Board had breached the agreement of purchase and sale and had failed to prove that Southcott could have mitigated its damages. He awarded damages for loss of chance of profit. He refused to order specific performance, finding that the property was not "unique" and damages were an adequate remedy.

[4] The Ontario Court of Appeal (2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784) concluded that while the trial judge correctly found that the Board had breached its contractual obligations, he had erred in his approach to mitigation. The court concluded that Southcott had unreasonably failed to take available steps to mitigate its loss and reduced the damage award granted at trial to a nominal sum.

[5] Southcott did not appeal the trial judge's refusal to award specific performance. However, it

d'inexécution de la promesse de vente par le promettant-vendeur, en particulier lorsque la société a fait diligence pour intenter une action en exécution intégrale. L'autre question est de savoir si le juge de première instance a eu tort de conclure qu'il n'existait pas d'autres immeubles « comparables » pouvant servir à mitiger la perte.

[2] L'appelante, Southcott Estates Inc., fait partie du groupe Ballantry de sociétés associées qui achètent et mettent en valeur des terrains dans la région métropolitaine de Toronto. Il s'agit d'une société à but unique sans actif qui a été constituée dans le seul but de mettre en valeur l'immeuble faisant l'objet de la présente action. Lorsque le promettant-vendeur, le Toronto Catholic District School Board (le « conseil scolaire »), a fait défaut de satisfaire à une des conditions de l'entente et a refusé de proroger la date de clôture, Southcott a réclamé l'exécution intégrale du contrat. Cette dernière plaide qu'elle n'était pas tenue de mitiger ses pertes.

[3] Le juge de première instance ((2009), 78 R.P.R. (4th) 285) a conclu que le conseil scolaire avait violé la promesse de vente et qu'il n'avait pas démontré que Southcott aurait pu mitiger ses dommages. Il a condamné le conseil scolaire à verser des dommages-intérêts à Southcott pour l'indemniser de la perte de possibilité de réaliser un profit. Il a refusé d'ordonner l'exécution intégrale du contrat, estimant que l'immeuble n'était pas « unique » et que les dommages-intérêts constituaient une réparation adéquate.

[4] La Cour d'appel de l'Ontario (2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784) a statué que, bien que le juge de première instance ait eu raison de conclure que le conseil scolaire n'avait pas respecté ses obligations contractuelles, il avait commis une erreur dans sa façon d'aborder la question de la mitigation du préjudice. La cour a conclu que Southcott avait, sans raison valable, omis de prendre les mesures appropriées pour mitiger ses pertes et a ramené à une somme symbolique le montant accordé en première instance à titre de dommages-intérêts.

[5] Southcott n'a pas fait appel du refus du juge de première instance d'ordonner l'exécution intégrale.

maintains its losses were not avoidable. The questions raised in this appeal are:

1. Should a single-purpose company mitigate its losses?

2. To what extent must a plaintiff mitigate where the plaintiff has made a claim for specific performance?

3. Did the trial judge err in concluding that there was no evidence of comparable profitable properties available for mitigation?

[6] For the reasons that follow, I conclude that Southcott cannot recover losses that it could reasonably have avoided. I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in concluding that there was no evidence of other development properties that Southcott could have purchased in mitigation. I would dismiss the appeal.

II. Facts

[7] Southcott is a wholly owned subsidiary of Ballantry Homes Inc. and part of a larger group of companies called Ballantry Group of Companies ("Ballantry" or "Ballantry Group"). The Board is a School Board created pursuant to the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, whose affairs were run by a publicly elected Board of Trustees.

[8] Having determined that certain land within a school property was surplus to its needs, the Board put it up for sale. Intending to use the land for residential development, Southcott agreed to purchase the 4.78 acres of land for $3.44 million. It paid a 10 percent deposit and the parties agreed to a closing date of August 31, 2004. It was a condition of the agreement that the Board obtain a severance from the Committee of Adjustments on or before the closing date. On August 30, 2004, the parties

Elle soutient toutefois que ses pertes étaient inévitables. Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. Une société à but unique devrait-elle mitiger ses pertes?

2. Dans quelle mesure un demandeur doit-il mitiger ses pertes lorsqu'il a réclamé l'exécution intégrale du contrat?

3. Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure qu'aucun élément de preuve ne démontrait l'existence d'immeubles rentables comparables qui auraient pu servir à mitiger le préjudice?

[6] Pour les motifs qui suivent, je conclus que Southcott ne peut recouvrer les pertes qu'elle aurait raisonnablement pu éviter. Je suis d'accord avec la cour d'appel pour dire que le juge de première instance a eu tort de conclure qu'aucun élément de preuve n'indiquait l'existence d'autres immeubles susceptibles d'être mis en valeur que Southcott aurait pu acheter pour mitiger son préjudice. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

[7] Southcott est une filiale à cent pour cent de Ballantry Homes Inc. Elle est membre d'un consortium de sociétés appelé Ballantry Group of Companies (« Ballantry » ou le « groupe Ballantry »). Le conseil scolaire a été créé sous le régime de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2. Il est dirigé par une assemblée de conseillers scolaires élus par la population.

[8] Après avoir constaté qu'il n'en avait pas besoin, le conseil scolaire a décidé de mettre en vente une parcelle du terrain d'une école. Entendant se servir de ce terrain pour y ériger un complexe domiciliaire, Southcott a convenu d'acheter les 4,78 acres de terrain en question pour 3,44 millions de dollars. Elle a versé en dépôt une somme correspondant à 10 p. 100 du prix d'achat et les parties ont arrêté le 31 août 2004 comme date de clôture. Une condition de l'entente prévoyait que le conseil

agreed to extend the closing date to January 31, 2005.

[9] The Board applied for a severance in November; it was advised that a development plan was necessary but chose to proceed without one. On December 16, 2004, at the municipality's request, the Committee of Adjustments deferred the severance application hearing as premature because it was not accompanied by a development plan. At that time, it became clear to Southcott and the Board that the transaction could not be completed by the closing date of January 31, 2005. The Board refused Southcott's request to extend the closing date, declared the transaction to be at an end, and returned Southcott's deposit.

[10] Southcott took the position that the Board had breached its obligation to use its best efforts to obtain the severance and commenced an action for specific performance or, in the alternative, for damages.

[11] Southcott admitted that it never had any intention to mitigate its loss and, indeed, never tried to mitigate (para. 137 of the trial judge's decision). Southcott was a single-purpose company incorporated solely for the purposes of this development project and had no assets other than the money advanced by Ballantry for the deposit. It never intended to purchase other land. In fact, Southcott's principal testified at trial that there was no question of it purchasing other land, given that it was involved in this litigation (para. 18 of the Court of Appeal's decision).

[12] The Board led expert evidence that 81 parcels of vacant development land in the GTA were sold between the date of breach and the date of trial. The land was suitable for residential development and within the parameters, of size and

scolaire obtienne une disjonction du comité des dérogations au plus tard à la date de clôture. Le 30 août 2004, les parties sont convenues de proroger la date de clôture au 31 janvier 2005.

[9] Le conseil scolaire a présenté sa demande de disjonction en novembre. On l'a informé qu'il devait joindre un plan d'aménagement à sa demande, mais il a choisi de poursuivre ses démarches sans plan d'aménagement. Le 16 décembre 2004, à la demande de la municipalité, le comité des dérogations a reporté l'examen de la demande de disjonction, estimant qu'elle était prématurée parce qu'elle n'était pas accompagnée d'un plan d'aménagement. À ce moment, il est devenu évident pour Southcott et le conseil scolaire qu'ils ne pourraient parfaire l'opération avant la date de clôture du 31 janvier 2005. Le conseil scolaire a refusé la demande de Southcott de proroger la date de clôture, a déclaré l'opération caduque et a remis à Southcott la somme versée en dépôt.

[10] En faisant valoir que le conseil scolaire avait manqué à son obligation de tout mettre en œuvre pour obtenir la disjonction, Southcott a introduit une action en vue d'obtenir l'exécution intégrale du contrat ou, à titre subsidiaire, des dommages-intérêts.

[11] Southcott a admis qu'elle n'avait jamais eu l'intention de mitiger sa perte et qu'en réalité, elle n'avait jamais essayé de la mitiger (par. 137 de la décision du juge de première instance). Southcott était une société à but unique constituée exclusivement en vue de ce projet d'aménagement et n'avait comme actif que l'argent avancé par Ballantry pour verser le dépôt. Elle n'avait jamais eu l'intention d'acquérir un autre terrain. En fait, le directeur de Southcott a expliqué au procès qu'il n'était pas question que Southcott acquière un autre terrain puisqu'elle était en cause dans le présent litige (par. 18 de la décision de la Cour d'appel).

[12] Le conseil scolaire a établi par expert que 81 terrains vagues susceptibles d'être mis en valeur avaient été vendus dans la région métropolitaine de Toronto entre la date du manquement et celle du procès. Le terrain en question se prêtait à

price, of other lands purchased by the Ballantry Group.

[13] Corporations within the Ballantry Group purchased seven parcels of land for development purposes during this same period. The principal of Ballantry testified that it was always in the market for new land, had the financial means to make the purchases, and it would have made these purchases even if Southcott had completed the land purchase from the Board (para. 138 of the trial judge's decision).

III. Decisions Below

[14] At trial, Spiegel J. concluded that the Board had failed to take all reasonable steps to fulfill the severance condition. It breached its best efforts obligation by failing to contact relevant city staff; delaying in processing the severance application; failing to include the proposed plan of use with the severance application; submitting an improper survey; failing to seek appropriate advice; ignoring the advice of the Committee of Adjustments; proceeding with the application for severance even after being advised that it was incomplete and failing to keep Southcott informed (paras. 71-87).

[15] The trial judge found that had the Board used its best efforts, the severance would likely have been granted, and the transaction would have been completed by the closing date. The trial judge was satisfied that the Board's breach caused Southcott's loss (paras. 93-116).

[16] Turning to remedy, Spiegel J. found that specific performance was not an appropriate remedy as the land did not have the quality of uniqueness (paras. 128-33).

l'aménagement d'un complexe résidentiel et équivalait en gros, sur le plan de la superficie et du prix, aux autres terrains achetés par le groupe Ballantry.

[13] Au cours de la même période, des sociétés du groupe Ballantry ont acheté sept parcelles de terrain en vue de les aménager. Le directeur de Ballantry a expliqué que ce groupe était toujours à la recherche de nouveaux terrains, qu'il disposait des moyens financiers nécessaires pour en acquérir et qu'il aurait acquis ces terrains même si Southcott avait réussi à acheter le terrain du conseil scolaire (par. 138 de la décision du juge de première instance).

III. Décisions des juridictions inférieures

[14] Au procès, le juge Spiegel a conclu que le conseil scolaire n'avait pas pris toutes les mesures raisonnables pour satisfaire à la condition relative à la disjonction. Selon lui, le conseil scolaire avait manqué à son obligation de déployer les efforts nécessaires en ne communiquant pas avec les employés municipaux compétents, en retardant le traitement de la demande de disjonction, en ne joignant pas à sa demande de disjonction le plan d'aménagement proposé, en soumettant un levé incorrect, en ne cherchant pas à obtenir des conseils éclairés, en ne tenant pas compte de l'avis du comité des dérogations, en poursuivant sa demande de disjonction même après avoir été avisé qu'elle était incomplète et en ne tenant pas Southcott au courant (par. 71-87).

[15] Le juge de première instance a estimé que, si le conseil scolaire avait déployé les efforts nécessaires, la disjonction aurait probablement été accordée et l'opération se serait concrétisée avant la date de clôture. Le juge de première instance s'est dit convaincu que les pertes subies par Southcott étaient attribuables à l'inexécution du contrat par le conseil scolaire (par. 93-116).

[16] En ce qui concerne la réparation, le juge Spiegel a conclu que l'exécution intégrale ne constituait pas une réparation appropriée étant donné que le bien-fonds en question ne possédait pas les caractéristiques nécessaires pour être considéré comme unique (par. 128-133).

[17] However, he concluded that Southcott was entitled to damages. He rejected the Board's argument that Southcott had in fact mitigated damages because the Ballantry Group made several purchases subsequent to the breach of the agreement:

I find that these subsequent purchases were collateral, independent transactions that did not arise out of the consequences of the breach. In all the circumstances, I do not consider these transactions as mitigatory. [para. 143]

[18] The trial judge found that the Board had not discharged the onus of proving that Southcott failed to take advantage of a reasonable opportunity to mitigate its loss. He held that there was no evidence that any of the available properties were actually offered for sale or could have been profitably developed and he was not satisfied that the properties were comparable (paras. 144-46). He therefore awarded Southcott damages in the amount of $1,935,500 which represented the loss of a 60 percent chance to make profits in the amount of $3,225,827.

[19] On appeal, the Board did not dispute the findings that it had breached its obligation to use its best efforts to obtain the severance required to complete the sale. It challenged the findings of causation and mitigation.

[20] Sharpe J.A., writing for the Court of Appeal, rejected the first ground of the Board's appeal, that the trial judge erred in finding that the Board's breach was the cause of the failure to obtain the severance by the closing date (paras. 11-14).

[21] Regarding the issue of whether the losses could have been avoided, however, the Court of Appeal concluded that the trial judge had erred in law in finding that the Board had not shown that

[17] Il a toutefois conclu que Southcott avait droit à des dommages-intérêts. Il a rejeté l'argument du conseil scolaire suivant lequel Southcott avait effectivement mitigé le préjudice étant donné que le groupe Ballantry avait acheté plusieurs autres terrains après l'inexécution du contrat :

[TRADUCTION] J'estime que ces acquisitions ultérieures étaient des opérations accessoires et distinctes qui étaient sans rapport avec l'inexécution. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, je suis d'avis qu'aucune de ces opérations ne pouvait servir à mitiger le préjudice. [par. 143]

[18] Le juge de première instance a estimé que le conseil scolaire ne s'était pas acquitté du fardeau de démontrer que Southcott ne s'était pas prévalue des possibilités raisonnables qui s'offraient à elle de mitiger ses pertes. Il a estimé que rien n'établissait que l'une quelconque des propriétés disponibles avait été effectivement offerte en vente ou aurait pu être mise en valeur de façon rentable, ajoutant qu'il n'était pas convaincu que les immeubles étaient comparables (par. 144-146). Il a par conséquent accordé à Southcott la somme de 1 935 500 $ à titre de dommages-intérêts, ce qui correspondait à la perte d'une possibilité de 60 p. 100 de réaliser un profit de 3 225 827 $.

[19] En appel, le conseil scolaire n'a pas contesté la conclusion suivant laquelle il avait manqué à son obligation de tout mettre en œuvre pour obtenir la disjonction exigée pour parfaire la vente. Il a contesté les conclusions relatives à la causalité et à la mitigation du préjudice.

[20] S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Sharpe a rejeté le premier moyen d'appel invoqué par le conseil scolaire suivant lequel le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que le fait que l'on n'avait pas obtenu la disjonction avant la date de clôture était attribuable à l'inexécution du contrat par le conseil scolaire (par. 11-14).

[21] En ce qui concerne la question de savoir si les pertes auraient pu être évitées toutefois, la Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur de droit en concluant

Southcott could have mitigated its losses. First, Southcott's admission that it had no intention of taking any steps to mitigate was sufficient to satisfy the onus resting upon the Board and to shift the evidentiary onus to Southcott to demonstrate that, even if it had attempted to mitigate, it could not have done so. Second, the trial judge erred in dealing with the Board's evidence regarding the land that was available: "By requiring the Board to prove . . . the profitability of individual parcels, the trial judge raised any bar the Board had to satisfy to an unrealistic level" (para. 25). Finally, the trial judge failed to consider that Ballantry's purchases of other lands clearly demonstrated that the directing mind of Southcott knew that investment quality lands, suitable for profitable development, were available on the market. The Court of Appeal stated that Southcott was a distinct legal entity that could not avoid mitigating its loss by arguing that it was a part of Ballantry: the obligation to mitigate rested with Southcott (paras. 24-27).

[22] The Court of Appeal concluded that while Southcott had made out its case for breach of contract, it failed to make out a case for either specific performance or damages. The appropriate award was for nominal damages in the amount of $1.

IV. Mitigation — General Principles

[23] This Court in *Asamera Oil Corp. v. Seal Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, cited (at pp. 660-61) with approval the statement of Viscount Haldane L.C. in *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric*

que le conseil scolaire n'avait pas démontré que Southcott aurait pu mitiger ses pertes. Tout d'abord, le fait que Southcott avait admis n'avoir eu nullement l'intention de prendre quelque mesure que ce soit pour mitiger ses pertes suffisait pour permettre au conseil scolaire de se décharger du fardeau de preuve qui reposait sur lui et pour déplacer ce fardeau sur Southcott, qui devait alors démontrer que, même si elle avait tenté de mitiger ses pertes, elle n'aurait pas pu le faire. Deuxièmement, la cour a jugé que le juge de première instance avait commis une erreur dans la façon dont il avait traité les éléments de preuve présentés par le conseil scolaire au sujet des terrains qui étaient disponibles : [TRADUCTION] « En l'obligeant à démontrer [. . .] la rentabilité de diverses parcelles, le juge de première instance a imposé au conseil scolaire un critère tellement exigeant qu'il ne pouvait s'attendre de façon réaliste à ce qu'il puisse y satisfaire » (par. 25). Enfin, le juge de première instance n'avait pas tenu compte du fait que les achats d'autres terrains effectués par Ballantry démontraient de façon évidente que le dirigeant de Southcott savait que des terrains de placement de qualité qui se prêtaient bien à une mise en valeur rentable étaient disponibles sur le marché. La Cour d'appel a affirmé que Southcott était une entité juridique distincte qui ne pouvait éviter de mitiger sa perte en plaidant qu'elle faisait partie du groupe Ballantry : Southcott conservait l'obligation de mitiger son préjudice (par. 24-27).

[22] La Cour d'appel a conclu que, même si elle avait démontré le bien-fondé de ses arguments en ce qui concerne la rupture du contrat, Southcott n'avait pas réussi à démontrer qu'elle pouvait réclamer une exécution intégrale ou des dommages-intérêts. La cour a estimé qu'il convenait d'accorder la somme d'un dollar à titre de dommages-intérêts symboliques.

IV. Mitigation du préjudice — Principes généraux

[23] Dans l'arrêt *Asamera Oil Corp. c. Seal Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, notre Cour a cité (aux p. 660-661) et approuvé l'énoncé suivant formulé par le vicomte Haldane, lord chancelier, dans l'arrêt *British Westinghouse Electric*

Railways Company of London, Ltd., [1912] A.C. 673, at p. 689:

> The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this first principle is qualified by a second, which imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming any part of the damage which is due to his neglect to take such steps.

[24] In *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74, at para. 176, this Court explained that "[l]osses that could reasonably have been avoided are, in effect, caused by the plaintiff's inaction, rather than the defendant's wrong." As a general rule, a plaintiff will not be able to recover for those losses which he could have avoided by taking reasonable steps. Where it is alleged that the plaintiff has failed to mitigate, the burden of proof is on the defendant, who needs to prove both that the plaintiff has failed to make reasonable efforts to mitigate and that mitigation was possible (*Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; *Asamera*; *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661, at para. 30).

[25] On the other hand, a plaintiff who does take reasonable steps to mitigate loss may recover, as damages, the costs and expenses incurred in taking those reasonable steps, provided that the costs and expenses are reasonable and were truly incurred in mitigation of damages (see P. Bates, "Mitigation of Damages: A Matter of Commercial Common Sense" (1992), 13 *Advocates' Q.* 273). The valuation of damages is therefore a balancing process: as the Federal Court of Appeal stated in *Redpath Industries Ltd. v. Cisco (The)*, [1994] 2 F.C. 279, at p. 302: "The Court must make sure that the victim is compensated for his loss; but it must at the same time make sure that the wrongdoer is not abused." Mitigation is a doctrine based on fairness and common sense, which seeks to do justice between

and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Company of London, Ltd., [1912] A.C. 673, p. 689 :

> [TRADUCTION] Le principe fondamental est donc la compensation des pertes pécuniaires découlant naturellement de l'inexécution; mais ce principe est mitigé par un autre qui veut que le demandeur ait l'obligation de prendre toutes mesures raisonnables pour mitiger le préjudice résultant de la rupture du contrat et ne puisse être indemnisé pour la partie du préjudice qu'il aurait ainsi pu éviter.

[24] Dans l'arrêt *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74, au par. 176, notre Cour a expliqué que « [l]es pertes qui auraient pu être évitées par des précautions raisonnables se définissent comme celles qui sont, en fait, attribuables à l'inaction du demandeur plutôt qu'à la faute du défendeur. » En principe, un demandeur ne peut se faire indemniser d'une perte qu'il aurait pu éviter par des précautions raisonnables. Lorsqu'il est allégué que le demandeur n'a pas mitigé le préjudice, il incombe au défendeur de démontrer non seulement que le demandeur n'a pas pris toutes les mesures raisonnables pour mitiger le préjudice, mais encore qu'il était possible de mitiger le préjudice (*Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Asamera*; *Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661, par. 30).

[25] Par contre, un demandeur qui prend effectivement des mesures raisonnables pour mitiger ses pertes peut recouvrer, à titre de dommages-intérêts, les frais et les dépenses qu'il a engagés pour prendre ces mesures raisonnables, à condition que ces frais et dépenses soient raisonnables et qu'ils aient véritablement été engagés pour mitiger les dommages (voir P. Bates, « Mitigation of Damages: A Matter of Commercial Common Sense » (1992), 13 *Advocates' Q.* 273). L'évaluation des dommages est par conséquent une question d'appréciation. Comme la Cour d'appel fédérale l'a déclaré dans l'arrêt *Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le)*, [1994] 2 C.F. 279, p. 302 : « La Cour doit s'assurer que la victime est dédommagée de sa perte; mais elle doit en même temps s'assurer que l'on ne profite pas de

the parties in the particular circumstances of the case.

A. *Should a Single-Purpose Company Mitigate its Losses?*

[26] Southcott argues that the Court of Appeal failed to recognize the unique circumstance of a single-purpose corporation in mitigating contractual loss; as a single-purpose company, it was impecunious and unable to mitigate without significant capital investment of the parent company or without the corporate mandate to do so. Further, it submits that it would be reasonably foreseeable to those contracting with a single-purpose corporation that such an entity would have finite resources and a confined corporate mandate. In this case, Southcott acted reasonably, within its ordinary course of business and promptly brought this lawsuit.

[27] Southcott sought specific performance and was therefore ready to complete the purchase. In any event, its alternative claim for consequential damages was predicated upon its access to capital to complete the agreement of purchase and sale. As such, both claims were premised upon resources, resources that were not tied up as a result of the breach alleged. Indeed, the alleged breach in this case did not affect Southcott's ability to obtain capital. Southcott can hardly argue that the same money would not have been available for mitigation.

[28] Further, the question is factual and it was not suggested at trial that Southcott had no access to capital or that borrowing money would have been unreasonably risky or costly. Southcott did not argue that it was impecunious at trial.

[29] In the absence of actual evidence of impecuniosity, finding that losses cannot be reasonably

la personne responsable. » La notion de mitigation du préjudice repose sur l'équité et le bon sens et vise à assurer la justice entre les parties en fonction des circonstances propres à l'espèce.

A. *Une société à but unique devrait-elle mitiger ses pertes?*

[26] Southcott soutient que la Cour d'appel n'a pas reconnu la situation singulière dans laquelle se trouve une société à but unique lorsqu'il s'agit de mitiger les pertes afférentes au contrat; en tant que société à but unique, Southcott n'avait pas d'actif et il lui était impossible de mitiger ses pertes sans une importante injection de capitaux de sa société mère ou sans mandat lui permettant de le faire. Elle fait par ailleurs valoir que les personnes qui contractent avec une société à but unique pourraient raisonnablement s'attendre à ce que celle-ci dispose de ressources limitées et à ce que son mandat soit restreint. Dans le cas qui nous occupe, Southcott a agi de manière raisonnable, dans le cours normal de ses affaires, et elle a intenté cette poursuite sans tarder.

[27] Southcott réclamait l'exécution intégrale; elle était donc prête à parfaire l'achat. En tout état de cause, sa demande subsidiaire de dommages-intérêts pour préjudice indirect dépendait de l'obtention, pour elle, de capitaux lui permettant de parfaire la vente. En fait, les deux demandes étaient fondées sur la possibilité d'obtenir des ressources, ressources qui n'étaient pas bloquées par suite de l'inexécution reprochée. D'ailleurs, dans le cas qui nous occupe, la présumée inexécution n'a eu aucune incidence sur la capacité de Southcott d'obtenir des capitaux. Southcott ne peut guère prétendre que les mêmes fonds n'auraient pas pu servir à mitiger le préjudice.

[28] En outre, la question est factuelle et l'on n'a pas prétendu au procès que Southcott ne pouvait se procurer des capitaux ou encore qu'il aurait été beaucoup trop risqué ou coûteux d'emprunter de l'argent. Au procès, Southcott n'a pas plaidé l'impécuniosité.

[29] À défaut d'éléments de preuve concrets démontrant le manque de ressources, le fait de

avoided, simply because it is a single-purpose corporation within a larger group of companies, would give an unfair advantage to those conducting business through single-purpose corporations. In addition, not requiring single-purpose corporations to mitigate would expose defendants contracting with such corporations to higher damage awards than those reasonably claimed by other plaintiffs, based solely upon their limited assets.

[30] The trial judge found that the purchases of development land by other corporations within the Ballantry Group did not in fact mitigate Southcott's loss; that finding is not challenged here. As noted above, he found that the other properties purchased by other members of the Ballantry group were "collateral" in the sense that the purchases would have occurred whether or not the defendant had breached its contract with Southcott (para. 143). However, because Southcott is a separate legal entity, purchases by other Ballantry corporations of other comparable property did not make those properties "unavailable" for mitigation. As a separate legal entity, Southcott was required to mitigate by making diligent efforts to find a substitute property. Those who choose the benefits of incorporation must bear the corresponding burdens: *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2, at pp. 10-12. Southcott is entitled to the benefits of limited liability, but it is also saddled with the responsibilities that all legal entities have. The requirement to take steps to mitigate losses is one such responsibility. A plaintiff cannot recover losses that could reasonably have been avoided. The overriding issue here is whether Southcott's inaction was reasonable, and if not, whether it could have reasonably mitigated if it had tried to do so.

conclure que les pertes ne peuvent raisonnablement être évitées du simple fait qu'il s'agit d'une société à but unique membre d'un consortium de sociétés aurait pour effet de conférer un avantage injustifié à quiconque opte pour la société à but unique pour mener ses affaires. De plus, le fait de ne pas obliger les sociétés à but unique à mitiger leurs pertes ferait en sorte que les défendeurs qui signent des contrats avec elles seraient susceptibles d'être condamnés à des dommages-intérêts plus élevés que ceux réclamés de façon raisonnable par d'autres demandeurs et ce, uniquement en raison des actifs limités de ces sociétés.

[30] Le juge de première instance a conclu que l'achat de terrains susceptibles d'être mis en valeur par d'autres sociétés du groupe Ballantry n'avait pas en fait mitigé la perte de Southcott; cette conclusion n'est pas contestée en l'espèce. Tel qu'indiqué précédemment, le juge a estimé que l'acquisition d'autres propriétés par les autres membres du groupe Ballantry constituait des [TRADUCTION] « opérations accessoires » en ce sens que les propriétés auraient été acquises indépendamment de la rupture, par la défenderesse, du contrat conclu avec Southcott (par. 143). Toutefois, parce que Southcott est une entité juridique distincte, l'achat d'autres immeubles comparables par d'autres sociétés du groupe Ballantry n'a pas fait en sorte que ces immeubles ne « pouvaient plus servir » à mitiger le préjudice. En tant qu'entité juridique distincte, Southcott était tenue de mitiger ses pertes en faisant diligence pour trouver une autre propriété. Quiconque choisit de bénéficier des avantages de la constitution en société doit en supporter les inconvénients : *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2, p. 10-12. Southcott a le droit de bénéficier des avantages d'une responsabilité limitée, mais elle doit aussi assumer les responsabilités qu'ont toutes les entités juridiques. La nécessité de prendre des mesures pour mitiger ses pertes constitue l'une de ces responsabilités. Un demandeur ne peut être indemnisé d'un préjudice qu'il aurait raisonnablement pu éviter. La principale question en l'espèce est de savoir si l'inaction de Southcott était raisonnable et, dans la négative, si elle aurait raisonnablement pu mitiger ses pertes si elle avait tenté de le faire.

B. *Southcott Was Required to Mitigate Losses Despite its Claim for Specific Performance*

[31] Specific performance is an equitable remedy that is difficult to reconcile with the principle of mitigation. Obviously, if Southcott had purchased a property in mitigation, it may not have been able to complete its agreement of purchase and sale of the Board's surplus land if ultimately successful in its claim for specific performance. When can a plaintiff seeking specific performance justify inaction and recover losses which may otherwise have been classified as avoidable?

[32] The trial judge found that Southcott did not have a viable claim for specific performance. He found that while the business opportunity may have been unique, the property itself was not. The trial judge found that what was at issue here was a straightforward business plan, the failure of which could be measured in damages (para. 132). The Court of Appeal agreed. The trial judge's decision not to order specific performance is not challenged in this appeal.

[33] However, Southcott submits that even though it was unsuccessful in its claim for specific performance, it proceeded expeditiously and the claim had real substance because the property was a unique opportunity, given its location and the rarity of such properties in the GTA. As a result, it says that it was not reasonable to attempt to mitigate; the remedy of specific performance would become illusory.

[34] Southcott suggests that there are two separate questions that a court must ask in cases where a plaintiff seeks specific performance: (1) should specific performance be awarded? And if the answer is no, (2) is this plaintiff justified in its mitigatory inaction? Southcott says that the trial judge conflated these two questions and did

B. *Southcott était tenue de mitiger ses pertes malgré sa demande d'exécution intégrale*

[31] L'exécution intégrale est une réparation fondée sur l'equity qui se concilie mal avec le principe de la mitigation du préjudice. De toute évidence, si elle avait acheté un autre immeuble pour mitiger ses pertes, Southcott n'aurait peut-être pas été en mesure de parfaire la vente du terrain excédentaire du conseil scolaire dans l'hypothèse où elle aurait finalement obtenu gain de cause dans sa demande d'exécution intégrale. Dans quels cas le demandeur qui réclame l'exécution intégrale peut-il justifier son inaction et être indemnisé pour des pertes qui auraient autrement pu être considérées comme évitables?

[32] Le juge de première instance a conclu que Southcott n'était pas fondée à réclamer l'exécution intégrale. Il a estimé que, même si l'occasion d'affaires était peut-être unique, la propriété elle-même ne l'était pas. Il a conclu qu'il s'agissait en l'espèce d'un plan d'affaires simple dont l'échec pouvait être quantifié en termes de dommages-intérêts (par. 132). La Cour d'appel s'est dite du même avis. La décision du juge de première instance de ne pas ordonner l'exécution intégrale du contrat n'est pas contestée dans le présent pourvoi.

[33] Southcott affirme toutefois que, même si elle n'a pas obtenu gain de cause en ce qui concerne sa demande d'exécution intégrale, elle a agi rapidement et sa demande est sérieuse, étant donné que l'immeuble en question était une occasion unique, vu son emplacement et la rareté des propriétés de ce genre dans la région métropolitaine de Toronto. Elle soutient par conséquent qu'il n'était pas raisonnable de tenter de mitiger son préjudice : la réparation que constitue l'exécution intégrale serait devenue illusoire.

[34] Suivant Southcott, le tribunal doit se poser deux questions distinctes lorsqu'un demandeur réclame l'exécution intégrale (1) y a-t-il lieu d'ordonner l'exécution intégrale? Si la réponse à cette question est négative (2) ce demandeur est-il justifié de ne pas prendre de mesures pour mitiger le préjudice? Southcott affirme que le juge de première

not consider whether it was justified in failing to mitigate.

[35] This Court dealt with this issue in *Asamera*, at pp. 668-69:

Before a plaintiff can rely on a claim to specific performance so as to insulate himself from the consequences of failing to procure alternate property in mitigation of his losses, some fair, real, and substantial justification for his claim to performance must be found. . . .

. . .

. . . Where . . . circumstances reveal a substantial and legitimate interest in seeking [specific] performance as opposed to damages, then a plaintiff will be able to justify his inaction and on failing in his plea for specific performance might then [be able to] recover losses which in other circumstances might be classified as avoidable and thus unrecoverable . . . .

[36] This Court thus recognized that there may be situations in which a plaintiff's inaction is justifiable notwithstanding its failure to obtain an order for specific performance where circumstances reveal "some fair, real, and substantial justification" for his claim or "a substantial and legitimate interest" in seeking specific performance (*Asamera*, at pp. 668-69 (emphasis added)). This does not mean that a plaintiff with such a claim should not attempt to mitigate; rather it recognizes that such a claim for specific performance informs what is reasonable behaviour for the plaintiff in mitigation. See N. Siebrasse, "Damages in Lieu of Specific Performance: *Semelhago v. Paramadevan*" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 551.

[37] *Asamera* set out the general principles governing mitigation: was the plaintiff's inaction reasonable in the circumstances, and could the plaintiff have mitigated if it chose to do so. Those principles apply to a plaintiff seeking specific performance. If the plaintiff has a "substantial justification" or a "substantial and legitimate interest" in specific performance, its refusal to purchase other

instance a confondu ces deux questions et qu'il a omis de se demander si Southcott était justifiée de ne pas mitiger le préjudice.

[35] Notre Cour a examiné cette question dans l'arrêt *Asamera*, p. 668-669 :

Pour qu'un demandeur puisse invoquer une action en exécution intégrale pour justifier son omission d'acheter des biens de remplacement pour limiter le préjudice, son action en exécution intégrale doit être fondée sur des motifs équitables, réels et importants. . .

. . .

. . . Le seul cas où un demandeur peut justifier son inaction est celui où l'action en exécution intégrale, par opposition à une action en dommages-intérêts, est fondée sur un intérêt important et légitime; dans ce cas, s'il n'obtient pas l'exécution intégrale, il peut obtenir des dommages-intérêts pour des pertes qui, en d'autres circonstances, auraient pu être évitées et pour lesquelles il n'aurait donc pas pu se faire indemniser. . .

[36] Ainsi, notre Cour a reconnu que dans certains cas, l'inaction du demandeur peut se justifier malgré le fait qu'il n'a pas réussi à obtenir l'exécution intégrale, lorsque les circonstances révèlent que sa demande est fondée sur des « motifs équitables, réels et importants » ou qu'un « intérêt important et légitime » lui permet de réclamer l'exécution intégrale (*Asamera*, p. 668-669 (je souligne)). Cela ne signifie pas que le demandeur qui présente une telle demande ne devrait pas tenter de mitiger son préjudice; on reconnaît plutôt qu'une telle demande d'exécution intégrale indique ce qu'il faut entendre par comportement raisonnable du demandeur pour mitiger le préjudice. Voir N. Siebrasse, « Damages in Lieu of Specific Performance : *Semelhago v. Paramadevan* » (1997), 76 *R. du B. can.* 551.

[37] L'arrêt *Asamera* énonce les principes généraux régissant la mitigation du préjudice : l'inaction du demandeur était-elle raisonnable dans les circonstances, et le demandeur aurait-il pu mitiger le préjudice s'il avait choisi de le faire? Ces principes s'appliquent au demandeur qui cherche à obtenir une exécution intégrale. Si le demandeur a des « motifs [. . .] importants » ou un « intérêt

property may be reasonable, depending upon the circumstances of the case.

[38] The statements in *Asamera* dealing with specific performance and the determination of what is reasonable conduct must be read in light of *Semelhago v. Paramadevan*, [1996] 2 S.C.R. 415. In that case, the Court acknowledged that "[w]hile at one time the common law regarded every piece of real estate to be unique, with the progress of modern real estate development this is no longer the case" (para. 20). The Court thus found that it "cannot be assumed that damages for breach of contract for the purchase and sale of real estate will be an inadequate remedy in all cases" (para. 21). Specific performance will be available only where money cannot compensate fully for the loss, because of some "peculiar and special value" of the land to the plaintiff (para. 21, citing *Adderley v. Dixon* (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239, at p. 240).

[39] The overriding issue is therefore whether Southcott's inaction was reasonable. Southcott argued at trial that the fact that the property was uniquely well situated gives it the unique character required to constitute a fair justification for specific performance (para. 119 of the trial judge's decision).

[40] I agree with the courts below that this is not a case where the plaintiff could reasonably refuse to mitigate. The trial judge made clear findings that the land was nothing more unique to Southcott than a singularly good investment and that this was not a case in which damages were too speculative or uncertain to be a satisfactory remedy. The unique qualities related solely to the profitability of the development for which damages were an adequate remedy (paras. 126 and 128). The calculation of profits was not conjectural or speculative as the proposed development was not complex, and the only disagreement between the parties regarding

important et légitime » qui lui permet de réclamer l'exécution intégrale, son refus d'acheter un autre bien peut être raisonnable compte tenu des circonstances de l'espèce.

[38] Les énoncés que l'on trouve dans l'arrêt *Asamera* au sujet de l'exécution intégrale et de ce qu'il faut entendre par comportement raisonnable doivent être interprétés en fonction de l'arrêt *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu que « [m]ême si, à une certaine époque, la common law considérait chaque bien immeuble comme étant unique, ce n'est plus le cas avec l'évolution du développement immobilier moderne » (par. 20). La Cour a par conséquent conclu qu'« [o]n ne saurait présumer que des dommages-intérêts pour la rupture du contrat de vente d'un immeuble constitueront une réparation inadéquate dans tous les cas » (par. 21). Le demandeur ne pourra obtenir l'exécution intégrale que si l'octroi d'une somme d'argent ne pourrait l'indemniser complètement de la perte en raison de la « valeur particulière » que le terrain en question peut avoir pour lui (par. 21, citant l'arrêt *Adderley c. Dixon* (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239, p. 240).

[39] La question essentielle est donc de savoir si l'inaction de Southcott était raisonnable. Southcott a soutenu au procès que l'emplacement idéal de l'immeuble lui conférait le caractère unique nécessaire pour justifier sa demande d'exécution intégrale (par. 119 de la décision du juge de première instance).

[40] Je suis d'accord avec les juridictions inférieures pour dire qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où la demanderesse pouvait raisonnablement refuser de mitiger son préjudice. Le juge de première instance a clairement indiqué que la seule caractéristique qui rendait ce terrain unique pour Southcott était le fait qu'il s'agissait d'un investissement particulièrement intéressant, et qu'il ne s'agissait pas d'un cas où les dommages-intérêts étaient trop spéculatifs ou incertains pour constituer une réparation satisfaisante. Les caractéristiques uniques avaient trait seulement à la rentabilité du projet immobilier et les dommages-intérêts

the quantum of damages related to the timing and rate of sale of completed units (paras. 130 and 132).

[41] A plaintiff deprived of an investment property does not have a "fair, real, and substantial justification" or a "substantial and legitimate" interest in specific performance (*Asamera*, at pp. 668-69) unless he can show that money is not a complete remedy because the land has "a peculiar and special value" to him (*Semelhago*, at para. 21, citing *Adderley*, at p. 240). Southcott could not make such a claim. It was engaged in a commercial transaction for the purpose of making a profit. The property's particular qualities were only of value due to their ability to further profitability. Southcott cannot therefore justify its inaction.

C. *The Trial Judge Erred in Finding no Evidence of Comparable Profitable Properties Available for Mitigation*

[42] In this case, Southcott admitted that it made no efforts to mitigate — on the basis that it was not obliged to do so. Southcott submits that the Court of Appeal erred in shifting the onus to the plaintiff based on the admission by Southcott's principal that he had no intention to mitigate through Southcott. Southcott says that the Board did not provide the trial judge with evidence that there was a comparable profitable investment property available for sale. The trial judge found that there were no comparable or profitable properties. Southcott submits that the Court of Appeal erred in disregarding the trial judge's finding of fact and in substituting its own.

[43] The entirety of the trial judge's analysis on this issue was as follows:

constituaient une réparation adéquate (par. 126 et 128). Le calcul des profits n'était ni conjectural ni spéculatif car il ne s'agissait pas d'un projet complexe, et le seul point de discorde entre les parties concernant le montant des dommages-intérêts portait sur le moment de la vente des unités achevées et le taux de vente de ces unités (par. 130 et 132).

[41] Un demandeur privé d'un immeuble de placement ne peut exiger l'exécution intégrale en invoquant des « motifs équitables, réels et importants » ou un « intérêt important et légitime » (*Asamera*, p. 668-669) que si l'octroi d'une somme d'argent ne constituerait pas une réparation complète parce que cet immeuble a une « valeur particulière » pour lui (*Semelhago*, par. 21, citant l'arrêt *Adderley*, p. 240). Southcott ne pouvait faire une telle affirmation. Elle avait entrepris cette opération commerciale dans le but de réaliser un profit. Les caractéristiques particulières de l'immeuble tenaient seulement à sa valeur du fait qu'il pouvait s'avérer rentable. Southcott ne peut donc pas justifier son inaction.

C. *Le juge de première instance a commis une erreur en concluant à l'absence de preuve de l'existence d'immeubles comparables rentables pouvant servir à mitiger le préjudice*

[42] Dans le cas qui nous occupe, Southcott a admis n'avoir fait aucun effort pour mitiger sa perte — parce qu'elle estimait ne pas y être tenue. Southcott plaide que la Cour d'appel a commis une erreur en déplaçant le fardeau de la preuve sur elle parce que son directeur avait admis n'avoir nullement l'intention de mitiger le préjudice de Southcott. Cette dernière affirme que le conseil scolaire n'a pas fourni au juge de première instance une preuve de l'existence d'une propriété de placement comparable et rentable offerte en vente. Le juge a conclu qu'il n'y avait pas de propriétés comparables ou rentables. Southcott plaide que la Cour d'appel a commis une erreur en écartant la conclusion de fait tirée par le juge de première instance et en y substituant la sienne.

[43] Voici le texte intégral de l'analyse de cette question faite par le juge de première instance :

There was no evidence that the properties referred to [by the Board's expert] were actually available to the public for sale but only that they had been sold. Also there was no evidence that had these properties been purchased that they could have been profitably developed. In any event, I am not satisfied that the evidence established that these were comparable properties or that had they been purchased, that the plaintiff's loss would have been avoided or reduced. [para. 144]

[44] Regarding the failure to mitigate, the Court of Appeal found that the trial judge had erred in law:

First, Southcott's admission that it had no intention of taking any steps to mitigate its loss was sufficient to satisfy the onus resting upon the Board to prove failure to mitigate and to shift the evidentiary onus to Southcott of demonstrating that, even if it had attempted to mitigate, it could not have done so. Southcott led no evidence to that effect. In my view, the trial judge erred by holding that the Board had failed to meet the onus imposed upon it to prove that Southcott had failed to mitigate its damages.

. . . By requiring the Board to prove the precise manner in which 81 parcels of investment land had been sold or to prove the profitability of individual parcels, the trial judge raised any bar the Board had to satisfy to an unrealistic level, particularly in the face of Southcott's admission that it had no intention to mitigate and of the evidence that Ballantry actually did find other suitable development properties to purchase.

Third, the trial judge erred in the manner in which he dealt with the evidence of purchases made by Ballantry. Those purchases clearly demonstrate that the directing mind of Southcott knew that investment-quality lands, suitable for profitable development, were available on the market. [paras. 24-26]

[45] As noted above, where it is alleged that a plaintiff has failed to mitigate damages, the onus of proof on a balance of probabilities lies with the

[TRADUCTION] Il n'y avait aucun élément de preuve démontrant que les immeubles mentionnés par [l'expert du conseil scolaire] étaient effectivement offerts en vente au public. La preuve indiquait seulement que des immeubles avaient été vendus. Il n'y avait également aucun élément de preuve permettant de conclure que, si l'on avait acheté ces immeubles, on aurait pu les mettre en valeur de façon rentable. En tout état de cause, je ne suis pas convaincu que la preuve a établi que ces immeubles étaient des immeubles comparables ou que, si elle les avait achetés, la demanderesse aurait pu éviter ou diminuer sa perte. [par. 144]

[44] En ce qui concerne l'omission de mitiger le préjudice, la Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur de droit :

[TRADUCTION] Tout d'abord, le fait que Southcott avait admis qu'elle n'avait nulle intention de prendre quelque mesure que ce soit pour mitiger ses pertes suffisait pour permettre au conseil scolaire de se décharger du fardeau de preuve qui reposait sur lui et pour déplacer ce fardeau sur Southcott, qui devait alors démontrer que, même si elle avait tenté de mitiger ses pertes, elle n'aurait pas pu le faire. Southcott n'a soumis aucun élément de preuve en ce sens. À mon avis, le juge de première instance a commis une erreur en estimant que le conseil scolaire ne s'était pas déchargé du fardeau qui lui incombait de démontrer que Southcott n'avait pas mitigé ses pertes.

. . . En obligeant le conseil scolaire à démontrer de manière précise comment les 81 parcelles de terrain de placement avaient été vendues ou à prouver que certaines d'entre elles étaient rentables, le juge de première instance a imposé au conseil scolaire un critère tellement exigeant qu'il ne pouvait y satisfaire, d'autant plus que Southcott avait admis qu'elle n'avait nullement l'intention de mitiger le préjudice, et compte tenu des éléments de preuve suivant lesquels Ballantry avait effectivement trouvé et acheté d'autres propriétés susceptibles d'être mises en valeur.

Troisièmement, le juge de première instance a commis une erreur dans la façon dont il a traité les éléments de preuve relatifs aux achats d'autres terrains effectués par Ballantry. Ces achats démontrent de façon évidente que le dirigeant de Southcott savait que des terrains de placement de qualité qui se prêtaient bien à une mise en valeur rentable étaient disponibles sur le marché. [par. 24-26]

[45] Comme nous l'avons déjà signalé, lorsqu'il est allégué que le demandeur n'a pas mitigé ses pertes, la charge de la preuve selon la prépondérance

defendant, who must establish not only that the plaintiff failed to take reasonable efforts to find a substitute, but also that a reasonable profitable substitute could be found.

[46] Thus, it would be an error to suggest that the defendant did not have the burden of showing that mitigation was possible even where the plaintiff made no attempt to do so. Further, while I agree that the trial judge erred in dealing with the Board's evidence regarding the availability of the 81 properties, the error is best approached as an evidentiary issue rather than as one engaging the burden of proof.

[47] The finding about whether Southcott could have mitigated involves applying a legal standard; it is a question of mixed fact and law. Whether or not there were comparable properties and whether they were profitable is a finding of fact. Implicit in the Court of Appeal's decision is the conclusion that the trial judge's findings of fact were unreasonable.

[48] For the reasons that follow, I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in principle by failing to consider relevant evidence. In particular, Ballantry's subsequent purchases were evidence that other development properties were reasonably available. These errors skewed his factual analysis on the issue of mitigation. I conclude that the trial judge made a palpable and overriding error in finding that there were no comparable profitable mitigation opportunities: see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 10.

(1) The Expert Evidence of Comparable Properties

[49] At trial, the Board presented evidence that 81 parcels of raw land suitable for development and 49 properties subdivided into lots suitable for building

des probabilités repose sur le défendeur, qui doit établir non seulement que le demandeur n'a pas fait d'efforts raisonnables pour trouver un bien de substitution, mais également qu'il était possible de trouver un bien de substitution rentable et valable.

[46] Ainsi, il serait erroné de prétendre qu'il n'incombait pas au défendeur de démontrer qu'il était possible de mitiger les dommages même lorsque le demandeur n'a rien fait pour les mitiger. De plus, même si j'estime que le juge de première instance a commis une erreur dans son analyse de la preuve relative à la disponibilité des 81 immeubles faite par le conseil scolaire, il est préférable d'aborder cette erreur en disant qu'elle tient à une question de preuve plutôt qu'à l'application du fardeau de la preuve.

[47] La conclusion relative à la question de savoir si Southcott aurait pu mitiger le préjudice suppose l'application d'une norme juridique; il s'agit d'une question mixte de fait et de droit. La question de savoir s'il existait des immeubles comparables et s'ils étaient rentables est une question de fait. Dans sa décision, la Cour d'appel en vient implicitement à qualifier de déraisonnables les conclusions de fait du juge de première instance.

[48] Pour les raisons qui suivent, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge de première instance a commis une erreur de principe en n'examinant pas les éléments de preuve pertinents. Plus particulièrement, les achats subséquents de Ballantry démontraient que d'autres terrains susceptibles d'être mis en valeur étaient raisonnablement disponibles. Ces erreurs ont faussé l'analyse factuelle sur la question de la mitigation du préjudice. Je conclus que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en affirmant qu'il n'y avait pas de possibilités d'acquérir une propriété rentable comparable permettant de mitiger le préjudice : voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10.

(1) La preuve d'expert relative aux immeubles comparables

[49] Au procès, le conseil scolaire a présenté des éléments de preuve établissant que 81 parcelles de terres en friche propres à être mises en valeur et 49

were available for sale in the GTA and were in fact sold in the period between January 31, 2005 and the time of trial (para. 136 of the trial judge's decision). The parameters that the Board's expert used in selecting alternative available parcels were sales of land between $1,000,000 and $27,000,000, that had an estimated time to develop of one year or less, and that could be developed for low to medium density residential. These parameters were chosen to match the parameters of the actual purchases made by the Ballantry Group.

[50] Nevertheless, the trial judge concluded that the Board had not discharged the onus of proving that Southcott failed to take advantage of a reasonable opportunity to mitigate. He found that: there was no evidence that the 81 properties were actually available to the public for sale; there was no evidence that, had these properties been purchased, they could have been profitably developed, and the plaintiff's loss could have been avoided or reduced; and in any event, these properties were not comparable properties.

[51] The trial judge failed to consider the available and reasonable inferences of the Board's evidence that there were 81 parcels of raw land suitable for development and 49 properties subdivided into lots suitable for building sold during the time period in issue here. In cross-examination, the Board's expert witness admitted being unaware of the marketing strategies used to sell the 81 properties sold during the period in which the Board suggested that Southcott could mitigate (A.R., at p. 232-33). However, notwithstanding that answer, it is an obvious inference that if 81 properties suitable for development were offered for sale, and were in fact sold, then investment properties were available to developers for sale, particularly in the absence of evidence to the contrary.

propriétés foncières subdivisées en lots constructibles étaient en vente dans la région métropolitaine de Toronto et avaient effectivement été vendues au cours de la période comprise entre le 31 janvier 2005 et la date du début du procès (par. 136 de la décision du juge de première instance). L'expert du conseil scolaire avait retenu les paramètres suivants pour le choix des parcelles de substitution disponibles : des terrains vendus pour un prix variant entre 1 000 000 $ et 27 000 000 $ qui pourraient être mis en valeur dans un délai maximum d'un an et qui se trouvaient dans une zone résidentielle familiale à densité faible à moyenne. Ces paramètres avaient été retenus parce qu'ils correspondaient aux achats effectivement effectués par le groupe Ballantry.

[50] Le juge de première instance a néanmoins conclu que le conseil scolaire ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que Southcott ne s'était pas prévalue d'une possibilité raisonnable qui s'offrait à elle de mitiger ses pertes. Selon lui, la preuve ne démontrait pas que les 81 propriétés étaient effectivement offertes en vente au public, et que, si elle avait acheté ces propriétés, la demanderesse aurait pu les mettre en valeur de façon rentable, évitant ou diminuant ainsi ses pertes. Toujours selon le juge, de toute façon, ces propriétés n'étaient pas des propriétés comparables.

[51] Le juge de première instance n'a pas considéré les inférences raisonnables que lui présentait la preuve faite par le conseil scolaire suivant laquelle 81 parcelles de terrain en friche prêtes à être mises en valeur et 49 propriétés subdivisées en lots constructibles avaient été vendues au cours de la période en cause. En contre-interrogatoire, l'expert cité par le conseil solaire a reconnu ne pas connaître les stratégies de mise en marché appliquées pour la vente des 81 immeubles vendus au cours de la période durant laquelle, selon le conseil scolaire, Southcott aurait pu mitiger ses pertes (d.a., p. 232-233). En dépit de cette réponse toutefois, on pouvait inférer tout naturellement que, si 81 terrains se prêtant à une mise en valeur avaient été offerts en vente et avaient effectivement été vendus, il existait donc des immeubles de placement qui étaient offerts en vente aux promoteurs immobiliers, en particulier en l'absence de preuve contraire.

[52] Further, the trial judge failed to consider whether the fact that all of the properties the Board's expert testified to were capable of being brought to development in a year could support an inference that their development was profitable. Reasonable inferences of profitability could be drawn based upon the size and price of property or the fact that land was purchased for development purposes by experienced developers. The trial judge did not turn his mind to this evidence.

[53] Finally, the trial judge also failed to consider that an adverse inference against Southcott could be drawn from the fact that it led no evidence about the profitability of the alternative development opportunities.

(2) The Purchases by Ballantry

[54] I agree with the Court of Appeal that the trial judge also erred in failing to consider whether the purchases by the Ballantry corporations provided evidence of other profitable properties available in mitigation. As noted above, the trial judge found (at para. 143) that the other properties purchased by other members of the Ballantry Group were "collateral" in the sense that the transactions would have occurred whether or not the defendant had breached its contract with Southcott and did not represent actual mitigation due to Southcott's distinct legal personality. This is not challenged.

[55] The trial judge did not go on to consider, however, whether these transactions established that those same properties were evidence of "available" comparable mitigation opportunities in the market. Because Southcott is a separate legal entity, purchases by other Ballantry corporations of other comparable property did not make those properties "unavailable" for mitigation. In effect, the trial judge ignored the separate legal personalities

[52] De plus, le juge de première instance n'a pas examiné si le fait que tous les immeubles étaient susceptibles, selon la déposition de l'expert cité par le conseil scolaire, d'être mis en valeur au cours de l'année pouvait permettre d'inférer que leur mise en valeur était rentable. Il était raisonnablement possible de déduire la rentabilité en se fondant sur la superficie et le prix des terrains, ou sur le fait que des promoteurs d'expérience ont acquis des terrains pour les mettre en valeur. Le juge de première instance ne s'est pas préoccupé de ces éléments de preuve.

[53] Enfin, le juge de première instance n'a pas tenu compte non plus de la possibilité de tirer une inférence défavorable à Southcott du fait que cette dernière n'a avancé aucun élément de preuve au sujet de la rentabilité des autres terrains susceptibles d'être mis en valeur.

(2) L'achat de terrains par Ballantry

[54] Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge de première instance a aussi commis une erreur en ne cherchant pas à savoir si l'achat de terrains par les sociétés du groupe Ballantry offrait la preuve de l'existence d'autres terrains pouvant servir à mitiger le préjudice. Tel qu'indiqué précédemment, le juge de première instance a conclu (au par. 143) que les autres immeubles acquis par d'autres sociétés du groupe Ballantry étaient [TRADUCTION] « accessoires » en ce sens que ces acquisitions auraient été faites indépendamment de la violation, par la défenderesse, de son contrat avec Southcott et ne constituaient pas une véritable mitigation du préjudice en raison de la personnalité juridique distincte de Southcott. Ce point n'est pas contesté.

[55] Le juge de première instance ne s'est toutefois pas demandé ensuite si ces opérations démontraient que ces mêmes terrains permettaient d'établir que des occasions comparables pouvant servir à mitiger le préjudice « s'offraient » sur le marché. En raison de l'identité juridique distincte de Southcott, l'acquisition d'autres immeubles comparables par les autres sociétés du groupe Ballantry ne faisait pas en sorte que ces immeubles soient

of Southcott and the other corporations in the Ballantry Group by failing to consider those purchases as evidence of the existence of mitigation opportunities.

[56] The Ballantry Group companies purchased seven other development properties subsequent to the breach of the agreement, ranging in size from 2.3 acres to 110.8 acres and in price from $3.3 million to $27.1 million. In particular, two specific purchases were clearly comparable. Southcott had agreed to purchase 4.78 acres of land for $3.44 million in August 2004. Ballantry corporations purchased 2.7 acres for $3.3 million in August 2005 and 2.3 acres for $6 million in December 2006.

[57] The defence raised by Southcott, which was accepted by the trial judge, was that the purchases by Ballantry Group of development lands in the GTA were purchases which would have been made in any event, regardless of whether Southcott purchased the Board's property. However, it is no answer to say that other companies in the same corporate group would have purchased the other available lands in any event. It was clear from the testimony of the president of Southcott and co-owner of Ballantry that the Ballantry Group was always purchasing promising development land and that the different companies were simply used as different vehicles to invest.

[58] It was a choice on the part of the principals of the Ballantry Group as to which corporate entity would be used for each purchase and they elected not to use Southcott. In addition, the trial judge found that "[t]he plaintiff['s] proposed development here was not complex, but rather a relatively straightforward plan for the development of 48 semi-detached residential units" (para. 132). In

« non disponibles » pour mitiger le préjudice. En fait, le juge de première instance a fait abstraction de la personnalité juridique distincte de Southcott et des autres sociétés du groupe Ballantry lorsqu'il n'a pas tenu compte de ces acquisitions comme preuve de l'existence de possibilités de mitiger le préjudice.

[56] Postérieurement à la violation du contrat, les sociétés du groupe Ballantry ont acheté sept autres propriétés susceptibles d'être mises en valeur. Ces propriétés avaient une superficie variant entre 2,3 acres et 110,8 acres et leur prix oscillait entre 3,3 millions de dollars et 27,1 millions de dollars. Parmi ces propriétés, deux en particulier étaient de toute évidence comparables. Southcott avait convenu d'acheter 4,78 acres de terrain pour 3,44 millions de dollars en août 2004. Les sociétés du groupe Ballantry ont acheté 2,7 acres pour 3,3 millions de dollars en août 2005 et 2,3 acres pour 6 millions de dollars en décembre 2006.

[57] Selon le moyen de défense invoqué par Southcott et accepté par le juge de première instance, les achats, par le groupe Ballantry, de terrains susceptibles d'être mis en valeur dans la région métropolitaine de Toronto étaient des achats qui auraient été faits de toute façon, peu importe que Southcott achète ou non le terrain du conseil scolaire. Toutefois, il ne sert à rien de dire que d'autres sociétés du même groupe d'entreprises auraient de toute façon acheté les autres terrains disponibles. Il ressort à l'évidence du témoignage du président de Southcott, qui est également copropriétaire de Ballantry, que le groupe Ballantry achetait toujours des terrains susceptibles d'être mis en valeur et qu'il se servait simplement de différentes sociétés pour diversifier les modes de placement.

[58] Les dirigeants du groupe Ballantry ont fait le choix de la personne morale qui serait utilisée pour chacun de ces achats et ils ont écarté Southcott. Le juge de première instance a par ailleurs fait observer que [TRADUCTION] « [l]e projet immobilier proposé par les demandeurs en l'espèce n'avait rien de complexe; il s'agissait d'un plan relativement simple prévoyant la construction

these circumstances, a straightforward development could have been carried out on a different property by Southcott, had it wanted to mitigate its loss. This corresponds to the modern reality recognized in *Semelhago* that "[r]esidential, business and industrial properties are all mass produced much in the same way as other consumer products" (para. 20).

[59] As the Court of Appeal concluded (at paras. 25-26), the Ballantry Group's purchases of other properties was evidence that other suitable development lands *were* available and the decision not to purchase them in Southcott's name was based on other considerations. I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in failing to consider these purchases as evidence of other available and comparable development properties.

V. Conclusion

[60] In conclusion, the trial judge erred in failing to consider relevant evidence and made a palpable and overriding error of fact in concluding that Southcott could not have reasonably avoided its loss.

[61] He failed to take into account in his analysis of the mitigation issue that Southcott had simply refused to take any mitigatory action. He failed to consider the evidence of Ballantry's purchases as supporting the inference that alternative parcels were available and that their development was sufficiently profitable to meet Ballantry's requirements. He conflated a lack of evidence regarding the marketing of parcels with a lack of evidence that any of the parcels had been available for sale. He failed to consider whether the fact that all of the properties the Board's expert testified were development properties capable of being brought to development in a year could support an inference that their development was profitable. Finally, he failed to consider the fact that Southcott

de 48 habitations jumelées » (par. 132). Dans ces conditions, Southcott aurait pu réaliser un projet tout aussi simple sur un autre terrain, si elle avait voulu mitiger ses pertes, ce qui correspond à la réalité moderne reconnue dans l'arrêt *Semelhago*, en l'occurrence que « [t]outes les propriétés, qu'elles soient résidentielles, commerciales ou industrielles, sont maintenant produites en série de la même façon que les autres biens de consommation » (par. 20).

[59] Ainsi que la Cour d'appel l'a conclu (au par. 25-26), l'achat d'autres propriétés par le groupe Ballantry démontre que d'autres terrains convenables qui se prêtaient à une mise en valeur *étaient* disponibles et que la décision de ne pas les acheter au nom de Southcott était motivée par d'autres considérations. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge de première instance a commis une erreur en ne considérant pas l'achat de ces autres terrains comme une preuve qu'il existait d'autres terrains comparables qui pouvaient être mis en valeur.

V. Conclusion

[60] En conclusion, le juge de première instance a commis une erreur en ne tenant pas compte des éléments de preuve pertinents, et il a commis une erreur de fait manifeste et dominante en concluant que Southcott n'aurait pas pu raisonnablement éviter sa perte.

[61] Dans son analyse de la question de la mitigation du préjudice, le juge de première instance n'a pas pris en compte le fait que Southcott avait tout simplement refusé de prendre des mesures pour mitiger sa perte. Il n'a pas tenu compte des acquisitions faites par le groupe Ballantry comme preuve permettant d'inférer que d'autres parcelles de terrain étaient disponibles et que leur mise en valeur était suffisamment rentable pour satisfaire aux exigences du groupe Ballantry. Il a confondu l'absence de preuve relative à la mise en marché des parcelles de terrain avec le manque de preuve qu'aucune des parcelles de terrain n'avait été disponible sur le marché. Il ne s'est pas demandé si le fait que toutes les propriétés qui, selon la déposition de l'expert cité par le conseil scolaire, constituaient des propriétés

did not lead evidence to challenge the Board's evidence regarding alternative development opportunities.

[62] In these circumstances, the Court of Appeal was entitled to look at the record and conclude that the trial judge's findings regarding mitigation were not available to him on the evidence. The evidence of the Ballantry purchases, in the context of Southcott's refusal to mitigate, established that there were opportunities to mitigate by purchasing other development land in the GTA. Failure to mitigate reduces damages. The Court of Appeal concluded that, based upon the investment properties purchased by Ballantry, and in the absence of evidence to the contrary, the Board discharged the burden of showing that other investment properties were available in the relevant time period to mitigate the losses and that the trial judge's finding that there were no comparable properties was not open to him on the evidence. I agree.

[63] I would dismiss the appeal with costs. In light of the result on the main appeal, I need not consider the cross-appeal. The cross-appeal should be dismissed without costs.

The following are the reasons delivered by

[64] THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — Damages for breach of contract may be reduced if the plaintiff unreasonably fails to mitigate its loss. To show that a plaintiff unreasonably failed to mitigate its loss, the defendant who is in breach of the contract must establish: (1) that an opportunity to mitigate the loss existed; and (2) that the plaintiff acted unreasonably in failing to take that opportunity.

susceptibles de mise en valeur au cours de l'année, pouvait permettre d'inférer que leur mise en valeur était rentable. Enfin, il n'a pas tenu compte du fait que Southcott n'a présenté aucun élément de preuve à l'encontre de la preuve présentée par le conseil scolaire relativement aux autres propriétés susceptibles d'être mises en valeur.

[62] Dans ces conditions, la Cour d'appel pouvait examiner le dossier et conclure que le juge de première instance ne pouvait pas, vu la preuve dont il disposait, tirer les conclusions auxquelles il en est arrivé au sujet de la mitigation du préjudice. Les éléments de preuve relatifs aux acquisitions de terrains par Ballantry démontraient, eu égard au refus de Southcott de prendre des mesures pour mitiger ses pertes, qu'il existait des possibilités de mitiger le préjudice en achetant d'autres terrains susceptibles d'être mis en valeur dans la région métropolitaine de Toronto. Le défaut de mitiger ses pertes entraîne une réduction du montant des dommages-intérêts. La Cour d'appel a conclu que, compte tenu de l'achat d'immeubles de placement par Ballantry, et en l'absence d'éléments de preuve contraires, le conseil scolaire s'était acquitté du fardeau de démontrer qu'il existait, au cours de la période en cause, d'autres immeubles de placement qui auraient pu servir à mitiger les pertes, de sorte que la preuve dont disposait le juge de première instance ne lui permettait pas de conclure qu'il n'y avait pas d'immeubles comparables. Je partage cet avis.

[63] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Compte tenu de l'issue du pourvoi principal, il n'est pas nécessaire que j'examine le pourvoi incident et je suis d'avis de le rejeter sans dépens.

Version française des motifs rendus par

[64] LA JUGE EN CHEF (dissidente) — Les dommages-intérêts pour rupture de contrat peuvent être réduits lorsque le demandeur omet, sans justification, de mitiger sa perte. Pour démontrer que le défaut du demandeur de mitiger sa perte n'était pas justifié, le défendeur qui n'a pas respecté le contrat doit établir (1) l'existence d'une possibilité de mitiger la perte, et (2) que le défaut du demandeur de se prévaloir de cette possibilité n'était pas justifié.

[65] The trial judge found as a fact that the defendant had not proved that Southcott had an opportunity to mitigate. This finding, in my view, was grounded in the evidence. This is sufficient to dispose of the appeal. However, if such opportunity were found to exist, I see no basis on which to conclude that Southcott acted unreasonably in maintaining its suit for specific performance instead of mitigating its loss. It follows, in my view, that the judgment of the Court of Appeal should be set aside, and the trial judge's conclusion that the plaintiff established breach of contract and damages should be restored.

I. Background

[66] The Toronto Catholic District School Board contracted with Southcott Estates Inc. for the sale of 4.78 acres of surplus land for $3.44 million. The closing date was August 31, 2004. Southcott was a wholly owned subsidiary of Ballantry Homes Inc., which was in the business of buying property and developing it for residential purposes. Southcott was a single-purpose company created expressly and only for the purpose of buying this parcel of land and developing it with single-family homes. Southcott had no assets except for the deposit it paid on the land.

[67] The land was part of a larger parcel on which school buildings were located so the agreement was conditional upon the Board obtaining a severance from the Committee of Adjustments on or before the closing date. The agreement was signed on June 14, 2004, but only became firm on August 23, 2004. The Board, realizing it might not be able to get severance of the property by the closing date of August 31, 2004, asked Southcott to extend the closing date to a fixed date after severance. Southcott was willing to extend the August 31 closing date, but insisted on a firm final date of January 31, 2005.

[65] Le juge de première instance a conclu que le défendeur n'avait pas prouvé que Southcott avait eu une possibilité de mitiger sa perte. Selon moi, cette conclusion était appuyée par la preuve. Cela suffit pour trancher l'appel. Cependant, s'il fallait conclure à l'existence d'une telle possibilité, je ne vois rien qui permette de conclure que Southcott n'était pas justifiée de maintenir sa demande en justice pour exécution intégrale au lieu de mitiger sa perte. Il s'ensuit à mon avis que le jugement de la Cour d'appel devrait être annulé et qu'il y aurait lieu de rétablir la conclusion du juge de première instance selon laquelle la demanderesse a prouvé la rupture du contrat et les dommages.

I. Contexte

[66] Le Toronto Catholic District School Board (le « conseil scolaire ») a conclu avec Southcott Estates Inc. un contrat pour la vente d'un terrain de 4,78 acres, dont il n'avait pas besoin, au prix de 3,44 millions de dollars. La date de clôture était le 31 août 2004. Southcott est une filiale à cent pour cent de Ballantry Homes Inc., dont les activités consistent à acquérir des propriétés et y ériger des immeubles résidentiels. Southcott est une société à but unique créée expressément dans le seul but d'acquérir cette parcelle de terrain et de la mettre en valeur en y construisant des résidences unifamiliales. Southcott n'a aucun actif à l'exception de la somme d'argent versée en dépôt pour l'acquisition du terrain.

[67] Le terrain faisant partie d'une plus grande parcelle sur laquelle se trouvent les immeubles d'une école, le contrat était conditionnel à ce que le conseil scolaire obtienne du comité des dérogations une disjonction au plus tard à la date de clôture. Le contrat a été signé le 14 juin 2004, mais il n'est devenu définitif que le 23 août 2004. Constatant qu'il risquait de ne pas obtenir la disjonction à la date de clôture prévue pour le 31 août 2004, le conseil scolaire a demandé à Southcott de proroger la date de clôture à une date fixe postérieure à la disjonction. Southcott a accepté de proroger la date de clôture du 31 août, mais elle a insisté pour que la date définitive soit fixée au 31 janvier 2005.

[68] The Board's application for severance was heard on December 16, 2004. It was deferred because the Board had failed to include a development plan in its application. This made it impossible for the Board to comply with the January 31, 2005 closing date. Southcott requested the Board to extend the closing date. The Board refused this request, declared the transaction to be at an end, and returned Southcott's deposit.

[69] Southcott took the position that the Board had breached its obligation to use its best efforts to obtain the severance and brought an action for specific performance or, in the alternative, damages.

[70] The trial judge held that the plaintiff was not entitled to an order for specific performance because the property was not sufficiently unique to satisfy the requirements of that remedy. However, he awarded damages in the amount of $1,935,500, representing the loss of a 60 percent chance to make profits in the amount of $3,225,827. He rejected the Board's argument that Southcott had failed to act reasonably to mitigate its loss, holding that the Board had not established as a matter of fact that mitigation opportunities were available.

[71] The Court of Appeal reversed the trial judge's decision and set aside the award for damages, essentially holding that the evidence, properly viewed, established an unreasonable failure to mitigate.

II. The Requirements of Mitigation

[72] The doctrine of mitigation holds that a plaintiff cannot recover damages for loss that could have been reasonably avoided: *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, at p. 660; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673 (H.L.), at p. 689;

[68] La demande de disjonction du conseil scolaire a été examinée le 16 décembre 2004. La décision a été retardée parce que le conseil scolaire n'avait pas joint à sa demande un plan de mise en valeur. De ce fait, le conseil scolaire n'a pu respecter la date de clôture du 31 janvier 2005. Southcott a demandé au conseil scolaire de proroger la date de clôture. Le conseil scolaire a refusé, a déclaré l'opération caduque et a remboursé à Southcott la somme versée en dépôt.

[69] Southcott a fait valoir que le conseil scolaire avait manqué à son obligation de tout mettre en œuvre pour obtenir la disjonction et a introduit une action visant à obtenir l'exécution intégrale du contrat ou, à titre subsidiaire, des dommages-intérêts.

[70] Le juge de première instance a conclu que la demanderesse n'avait pas droit à l'exécution intégrale parce que l'immeuble n'avait pas le caractère unique qui lui aurait permis de répondre aux exigences nécessaires à l'obtention de cette réparation. Il a toutefois accordé la somme de 1 935 500 $ à titre de dommages-intérêts, ce qui correspondait à une perte de chance de 60 p. 100 de réaliser un profit de 3 225 827 $. Il a rejeté l'argument du conseil scolaire selon lequel Southcott a omis sans justification de mitiger sa perte et a conclu que le conseil scolaire n'avait pas établi au regard des faits l'existence de possibilités de mitiger la perte.

[71] La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance et annulé la condamnation aux dommages-intérêts; elle a essentiellement conclu que la preuve, appréciée comme il se doit, avait établi une omission injustifiée de mitiger le préjudice.

II. Les exigences en matière de la mitigation du préjudice

[72] Selon le principe de la mitigation du préjudice, un demandeur ne peut obtenir des dommages-intérêts pour des pertes qui auraient raisonnablement pu être évitées : *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, p. 660; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Company*

Dunkirk Colliery Co. v. Lever (1878), 9 Ch. D. 20 (C.A.), at p. 25. A plaintiff is not contractually obliged to mitigate, and in this sense the term "duty to mitigate" is misleading. However, if the plaintiff unreasonably fails to mitigate, its damages for breach of contract may be reduced: *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146, at pp. 166-67; *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067 (C.A.), at p. 1075.

[73] The defendant, having breached the contract, bears the onus of proving that the plaintiff unreasonably failed to mitigate its loss: *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324, at pp. 330-31; *Roper v. Johnson* (1873), L.R. 8 C.P. 167. This entails establishing, on a balance of probabilities: (1) that opportunities to mitigate the loss were available to the plaintiff; and (2) that the plaintiff unreasonably failed to pursue these opportunities.

[74] Failure to mitigate may not be unreasonable for a variety of reasons. One such reason may be a "fair, real, and substantial justification" for claiming specific performance: *Asamera*, at pp. 667-68. Another may be lack of financial resources: *McGregor on Damages* (18th ed. 2009), at para. 7-088. The rules for mitigation "do not require the injured party to do what he cannot afford to do when he is seeking to reduce the damages payable by the wrongdoer": *Lagden v. O'Connor*, [2003] UKHL 64, [2004] 1 All E.R. 277, at para. 51 (*per* Lord Hope); see also *General Securities Ltd. v. Don Ingram Ltd.*, [1940] S.C.R. 670.

[75] Unreasonable failure to mitigate loss reduces damages to the extent that mitigation would have avoided the loss: see *Andros Springs v. World Beauty*, [1970] P. 144 (C.A.), at p. 154 (*per* Lord Denning). If a mitigation opportunity would only partially avoid the plaintiff's loss, then only a partial reduction in damages can be justified.

of London, Ltd., [1912] A.C. 673 (H.L.), p. 689; *Dunkirk Colliery Co. c. Lever* (1878), 9 Ch. D. 20 (C.A.), p. 25. Un demandeur n'a pas d'obligation contractuelle de mitiger le préjudice, et en ce sens, l'expression « obligation de limiter le préjudice » est trompeuse. Cependant, lorsque le demandeur omet sans justification de mitiger sa perte, les dommages-intérêts pour rupture de contrat peuvent être réduits : *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146, p. 166-167; *Darbishire c. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067 (C.A.), p. 1075.

[73] Il incombe au défendeur, qui n'a pas respecté le contrat, de prouver que le défaut du demandeur de mitiger sa perte n'était pas justifié : *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324, p. 330-331; *Roper c. Johnson* (1873), L.R. 8 C.P. 167. Cela signifie qu'il doit établir, suivant la prépondérance des probabilités, (1) que le demandeur avait eu des possibilités de mitiger sa perte et (2) que son défaut de se prévaloir de ces possibilités n'était pas justifié.

[74] Diverses raisons peuvent faire en sorte que l'omission de mitiger le préjudice sera justifiée. L'existence de « motifs équitables, réels et importants » de demander l'exécution intégrale peut constituer l'une de ces raisons : *Asamera*, p. 667-668. Le manque de ressources financières peut constituer une autre raison : *McGregor on Damages* (18e éd. 2009), par. 7-088. Les règles relatives à la mitigation du préjudice [TRADUCTION] « n'exigent pas de la personne lésée qu'elle fasse ce qu'elle n'a pas les moyens de faire lorsqu'elle cherche à diminuer le montant des dommages-intérêts que doit payer l'auteur du préjudice » : *Lagden c. O'Connor*, [2003] UKHL 64, [2004] 1 All E.R. 277, par. 51 (lord Hope); voir également *General Securities Ltd. c. Don Ingram Ltd.*, [1940] R.C.S. 670.

[75] L'omission injustifiée de mitiger la perte diminue le montant des dommages-intérêts dans la mesure où la mitigation aurait permis d'éviter la perte : voir *Andros Springs c. World Beauty*, [1970] P. 144 (C.A.), p. 154 (lord Denning). Si une possibilité de mitiger le préjudice permettrait seulement d'éviter en partie la perte, une diminution partielle seulement des dommages-intérêts peut être justifiée.

III. Opportunity to Mitigate

[76] The trial judge found that the Board had not discharged its onus of proving that Southcott unreasonably failed to mitigate its loss because it did not establish that the opportunity to mitigate existed. This finding must stand unless it constitutes palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 10.

[77] The Board sought to prove that mitigation opportunities existed in two ways — through the testimony of an expert witness and with evidence of purchases made by other Ballantry companies.

A. *The Evidence of the Expert Witness*

[78] The trial judge found that the Board's expert witness's evidence did not establish opportunity to mitigate the loss.

[79] The Board's expert presented evidence of 81 parcels of raw land and 49 subdivided properties that were purchased in the Greater Toronto Area ("GTA") between January 31, 2005 and the time of trial. The trial judge found a number of shortcomings in this evidence.

[80] First, there was no evidence that the alleged properties the expert referred to were actually available to Southcott; the Board's expert witness admitted to being entirely unaware of whether substitute property was available to the public for sale during the period in which the Board suggested that Southcott could mitigate (A.R., at p. 233).

[81] Second, the evidence did not establish that these properties were comparable to Southcott's target property ((2009), 78 R.P.R. (4th) 285, at para. 144). Little was known about the properties identified by the Board's expert witness beyond their size, cost, and nearest major intersection. Most were outside the City of Toronto. The properties vary widely in both size and price, including parcels as

III. Possibilité de mitiger le préjudice

[76] Le juge de première instance a conclu que le conseil scolaire ne s'était pas acquitté de son fardeau de prouver que le défaut de Southcott de mitiger sa perte n'était pas justifié parce que le conseil scolaire n'avait pas établi l'existence d'une possibilité de la mitiger. Cette conclusion ne peut être écartée que si elle est entachée d'une erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10.

[77] Le conseil scolaire a eu recours à deux moyens pour tenter de prouver l'existence de possibilités de mitiger la perte — par le témoignage d'un expert et par la preuve des acquisitions faites par d'autres sociétés du groupe Ballantry.

A. *La déposition de l'expert*

[78] Le juge de première instance a conclu que la déposition de l'expert cité par le conseil scolaire n'avait pas établi une possibilité de mitiger la perte.

[79] L'expert cité par le conseil scolaire a affirmé que 81 parcelles de terres en friche et 49 propriétés foncières subdivisées avaient été achetées dans la région métropolitaine de Toronto entre le 31 janvier 2005 et la date du début du procès. Le juge de première instance a relevé dans cette preuve un certain nombre de lacunes.

[80] Premièrement, il n'y avait pas de preuve que Southcott pouvait effectivement acquérir les propriétés en question dont l'expert faisait état; ce dernier a admis qu'il ne savait pas du tout si ces propriétés avaient été offertes en vente au public pendant la période durant laquelle, selon le conseil scolaire, Southcott aurait pu mitiger son préjudice (d.a., p. 233).

[81] Deuxièmement, la preuve n'établissait pas que ces propriétés étaient comparables au terrain que Southcott souhaitait acquérir ((2009), 78 R.P.R. (4th) 285, par. 144). On savait peu de choses au sujet des terrains indiqués par l'expert cité par le conseil scolaire, si ce n'est leur superficie, leur coût et le grand carrefour le plus rapproché. La plupart se trouvaient à l'extérieur de la ville de Toronto. La

large as 123.988 acres, as small as 0.251 acres, and costing as much as $23.77 million. The trial judge concluded that the comparability of these properties to Southcott's 4.78 acre target property had not been established.

[82] Third, the trial judge found that the evidence did not establish that alternate properties could have been profitably developed (para. 144). Only a profitable development would mitigate Southcott's loss; an unprofitable one would aggravate it. A plaintiff is not required to take foolish steps that would not reduce its loss. The Board's expert presented no evidence on the potential profitability of the properties he referred to.

[83] The Court of Appeal criticized the trial judge's finding that the evidence did not establish profitability, on the ground that he raised the burden of proof on the Board to an unrealistic level (2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784, at para. 25). With respect, the burden was clear — the Board had to establish that alternate properties could have been profitably developed on a balance of probabilities. There is no indication that the trial judge failed to appreciate this basic principle. See *World Beauty*, at p. 154.

[84] The trial judge found that the Board's expert witness failed to establish that Southcott had opportunities to mitigate its loss. This finding finds support in the evidence and is not vitiated by legal error. It follows that it cannot be set aside: *Housen*.

B. *The Evidence of Purchases by Other Ballantry Companies*

[85] The second way the Board sought to discharge its onus of showing opportunity to mitigate was by evidence that other Ballantry companies had made purchases of development land in the GTA at the relevant time. The Board argued that

superficie et le prix de ces terrains varient considérablement; les parcelles peuvent avoir de 0,251 à 123,988 acres et le prix peut atteindre 23,77 millions de dollars. Le juge de première instance a conclu que la comparabilité de ces propriétés par rapport au terrain de 4,78 acres que Southcott souhaitait acquérir n'avait pas été établie.

[82] Troisièmement, le juge de première instance a conclu que la preuve n'avait pas établi que les propriétés indiquées par l'expert auraient pu être mises en valeur de façon rentable (par. 144). Seule une mise en valeur rentable pouvait mitiger la perte de Southcott; une mise en valeur non rentable l'aurait accrue. Un demandeur n'est pas tenu de prendre des mesures futiles qui ne réduiraient pas sa perte. L'expert cité par le conseil scolaire n'a présenté aucune preuve de la rentabilité éventuelle des propriétés qu'il a mentionnées.

[83] La Cour d'appel a critiqué la conclusion du juge de première instance suivant laquelle la preuve n'avait pas établi la rentabilité, parce que le juge avait imposé au conseil scolaire un fardeau de preuve excessif (2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784, par. 25). Avec égards, le fardeau de preuve était clair — le conseil scolaire devait établir suivant la prépondérance des probabilités qu'il était possible pour Southcott d'effectuer une mise en valeur rentable d'une autre propriété. Rien n'indique que le juge de première instance n'a pas apprécié ce principe fondamental. Voir *World Beauty*, p. 154.

[84] Le juge de première instance a conclu que l'expert cité par le conseil scolaire n'avait pas établi que Southcott avait eu des possibilités de mitiger sa perte. Cette conclusion est appuyée par la preuve et n'est entachée d'aucune erreur de droit. Elle ne doit donc pas être écartée : *Housen*.

B. *La preuve des acquisitions faites par les autres sociétés du groupe Ballantry*

[85] En tant que deuxième moyen pour s'acquitter de son fardeau d'établir la possibilité de mitiger la perte, le conseil scolaire a mis en preuve des acquisitions, par d'autres sociétés du groupe Ballantry, de terrains destinés à être mis en valeur

these other Ballantry purchases had in fact mitigated the loss caused by the Board's breach.

[86] The trial judge accepted the Board's invitation to consider the matter from the perspective of the Ballantry Group as a whole, effectively piercing the corporate veil. He concluded that Ballantry's subsequent purchases were collateral, independent transactions that could not have avoided the loss arising from the Board's breach of contract (para. 143): see *Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place*, [1978] 2 S.C.R. 385, at p. 389. Leaving aside the question of whether piercing the corporate veil in these circumstances was appropriate, the trial judge's analysis was not in error. The trial judge's reasoning was that the Ballantry Group, with extensive access to credit, was limited only by the number of properties it could find. The more good properties it could find, the more money it stood to make. In this sense, other purchases by the Ballantry Group were collateral rather than substitutions for the Board's property.

[87] The trial judge, having dealt with the purchases of other Ballantry companies in this way, did not make a finding on whether these properties offered mitigation opportunities for Southcott, as an independent legal entity. The evidence, however, does not support such a finding, in my view. First, there was no evidence that the properties purchased by other Ballantry companies were available to Southcott. At best, Southcott would have been competing with its sister companies for these properties. Whether it would have succeeded in acquiring a comparable property was a matter of speculation.

[88] Second, the evidence did not establish that other Ballantry Group purchases were comparable to Southcott's target property. Under its contract

dans la région métropolitaine de Toronto à l'époque en cause. Le conseil scolaire a plaidé que ces autres acquisitions du groupe Ballantry avaient en fait mitigé la perte causée par l'inexécution du contrat par le conseil scolaire.

[86] Le juge de première instance a accepté, à la demande du conseil scolaire, d'examiner l'affaire du point de vue du groupe Ballantry dans son ensemble, levant ainsi le voile corporatif. Il a conclu que les acquisitions subséquentes du groupe Ballantry constituaient des opérations accessoires et distinctes qui n'auraient pas permis d'éviter la perte découlant de l'inexécution du contrat par le conseil scolaire (par. 143) : voir *Apeco of Canada, Ltd. c. Windmill Place*, [1978] 2 R.C.S. 385, p. 389. Abstraction faite de la question de l'opportunité de lever le voile corporatif dans ces circonstances, l'analyse du juge de première instance n'était pas erronée. Il a considéré que le groupe Ballantry, jouissant d'un important accès au crédit, n'avait d'autre limite que le nombre de propriétés qu'il pouvait trouver. Plus le groupe Ballantry pouvait trouver de bonnes propriétés, plus il pouvait réaliser des profits. En ce sens, les autres propriétés acquises par le groupe Ballantry demeuraient accessoires et ne pouvaient être substituées à la propriété du conseil scolaire.

[87] Après avoir disposé ainsi de la question des acquisitions des autres sociétés du groupe Ballantry, le juge de première instance ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si ces propriétés offraient à Southcott, en tant qu'entité juridique distincte, des possibilités de mitiger sa perte. Toutefois, la preuve ne permet pas, selon moi, de conclure en ce sens. Premièrement, aucun élément de preuve n'indiquait que Southcott aurait pu acquérir les propriétés acquises par les autres sociétés du groupe Ballantry. Au mieux, Southcott aurait fait concurrence à des sociétés sœurs pour l'achat de ces propriétés. La question de savoir si elle aurait réussi à acheter une propriété comparable relève de la conjecture.

[88] Deuxièmement, la preuve n'a pas établi que les autres propriétés achetées par le groupe Ballantry étaient comparables à celle que Southcott

with the Board, Southcott was purchasing a 4.78 acre parcel located in a desirable residential neighbourhood of the City of Toronto suited to the development of 48 semi-detached residential units (para. 132). There was no evidence that any of the other Ballantry purchases were comparable. It is not enough to show that some development land may have been available to companies which may have had different development strategies. Ballantry had wide ranging interests in residential real estate development throughout the GTA. Southcott had a narrower, specific development objective. To show opportunity to mitigate, the Board had to prove that a property comparable to the one that Southcott sought to purchase was available.

[89] I respectfully cannot agree that two of the subsequent Ballantry purchases were clearly comparable to Southcott's target property (Karakatsanis J., at para. 56). The first (a parcel of 2.7 acres for $3.3 million) was 43 percent smaller than Southcott's target property, cost 70 percent more per acre, and was purchased for the development of a retirement home. The second (a parcel of 2.3 acres for $6 million) was 51 percent smaller than Southcott's target property, cost 260 percent more per acre, and was purchased for development of a high rise building. On the record, these properties were not comparable to the property that Southcott sought to acquire: a 4.78 acre parcel suited to the development of 48 semi-detached residential units. The remaining Ballantry purchases were even less comparable to Southcott's target property. The Board had the burden of establishing the comparability of these properties. It failed to do so.

[90] I see no error in the trial judge's conclusion that the evidence as to other Ballantry properties did not establish opportunities to mitigate the loss suffered as a result of the Board's breach of contract.

voulait acquérir. Aux termes de son contrat avec le conseil scolaire, Southcott achetait, dans un quartier résidentiel recherché de la ville de Toronto, une parcelle de terre de 4,78 acres qui se prêtait à la construction de 48 habitations jumelées (par. 132). Aucune preuve n'indiquait qu'un des autres terrains acquis par le groupe Ballantry était comparable. Il ne suffit pas de démontrer que des sociétés préconisant des stratégies de mise en valeur différentes auraient pu acquérir un terrain se prêtant à la mise en valeur. Les intérêts de Ballantry en matière de projets immobiliers résidentiels dans la région métropolitaine de Toronto étaient très variés. Le projet de mise en valeur envisagé par Southcott était plus restreint et plus précis. Pour démontrer une possibilité de mitiger le préjudice, le conseil scolaire devait prouver qu'il se trouvait sur le marché une propriété comparable à celle que Southcott avait tenté d'acquérir.

[89] Avec égards, je ne partage pas l'opinion de la juge Karakatsanis (au par. 56) suivant laquelle deux des propriétés acquises subséquemment par le groupe Ballantry étaient de toute évidence comparables à celle que Southcott souhaitait acheter. La première (une parcelle de 2,7 acres payée 3,3 millions de dollars) était 43 p. 100 plus petite, coûtait 70 p. 100 plus cher l'acre et a été achetée pour y construire une maison de retraite. La seconde (une parcelle de 2,3 acres payée 6 millions de dollars) était 51 p. 100 plus petite que le terrain recherché par Southcott, coûtait 260 p. 100 plus cher l'acre et a été achetée pour y construire un immeuble de grande hauteur. Selon le dossier, ces propriétés n'étaient pas comparables à celle que Southcott voulait acquérir : une parcelle de 4,78 acres qui se prêtait à la construction de 48 habitations jumelées. Les autres propriétés acquises par le groupe Ballantry étaient encore moins comparables à celle que Southcott voulait acheter. Le conseil scolaire avait le fardeau d'établir la comparabilité de ces propriétés. Il ne l'a pas fait.

[90] Selon moi, le juge de première instance a eu raison de conclure que la preuve relative aux autres propriétés acquises par le groupe Ballantry n'a pas établi des possibilités de mitiger la perte attribuable à l'inexécution du contrat par le conseil scolaire.

IV. Did Southcott Act Reasonably?

[91] The trial judge's finding that the Board failed to establish that Southcott had opportunities to mitigate its loss is sufficient to dispose of the appeal. However, I offer the following comments on whether the Board established, as it was also required to do, that failure to take advantage of any proven opportunities for mitigation was unreasonable.

[92] In my view, it is difficult to conclude that Southcott acted unreasonably. The first reason is that it had a "fair, real, and substantial justification" for claiming specific performance of the contract: *Asamera*, at pp. 667-68. In such circumstances, a plaintiff is not required to mitigate. As explained in *Asamera*, this is simply an application of the rule of mitigation requiring the plaintiff to act reasonably in the circumstances:

> Where those circumstances reveal a substantial and legitimate interest in seeking performance as opposed to damages, then a plaintiff will be able to justify his inaction and on failing in his plea for specific performance might then recover losses which in other circumstances might be classified as avoidable and thus unrecoverable . . . . [pp. 668-69]

[93] The act of filing a claim for specific performance is inconsistent with the act of acquiring a substitute property. A plaintiff, acting reasonably, cannot pursue specific performance and mitigate its loss at the same time. It makes no sense for a reasonable plaintiff seeking specific performance to effectively concede defeat and buy a substitute property. The plaintiff could end up with two properties — one it wanted and one it did not. Furthermore, an action for specific performance is often motivated by the unavailability of substitutes in the marketplace. A plaintiff's reasonable claim that substitutes are unavailable is inconsistent with the ability to acquire a substitute in the marketplace (E. Yorio, "A Defense

IV. Southcott a-t-elle agi raisonnablement?

[91] La conclusion du juge de première instance selon laquelle le conseil scolaire n'a pas établi que Southcott avait eu des possibilités de mitiger sa perte suffit pour disposer du pourvoi. J'ajoute toutefois les observations qui suivent quant à savoir si le conseil scolaire a établi, comme il devait également le faire, qu'il aurait été injustifié pour Southcott de ne pas se prévaloir de possibilités prouvées de mitiger le préjudice.

[92] À mon avis, il est difficile de conclure que Southcott a agi de manière injustifiée. Tout d'abord parce qu'elle avait des « motifs équitables, réels et importants » de réclamer l'exécution intégrale du contrat : *Asamera*, p. 667-668. Dans de telles circonstances, un demandeur n'a aucune obligation de mitiger sa perte. Ainsi que l'explique la Cour dans *Asamera*, il s'agit simplement de l'application de la règle en matière de mitigation du préjudice selon laquelle le demandeur doit agir raisonnablement dans les circonstances :

> Le seul cas où un demandeur peut justifier son inaction est celui où l'action en exécution intégrale, par opposition à une action en dommages-intérêts, est fondée sur un intérêt important et légitime; dans ce cas, s'il n'obtient pas l'exécution intégrale, il peut obtenir des dommages-intérêts pour des pertes qui, en d'autres circonstances, auraient pu être évitées et pour lesquelles il n'aurait donc pas pu se faire indemniser. [p. 668-669]

[93] Le dépôt d'une demande d'exécution intégrale n'est pas compatible avec l'acquisition d'un bien de substitution. Le demandeur qui agit raisonnablement ne peut réclamer l'exécution intégrale du contrat et en même temps mitiger son préjudice. Il est illogique pour le demandeur raisonnable qui cherche à obtenir l'exécution intégrale d'un contrat de concéder la victoire à la partie adverse et d'acquérir un bien de substitution. Il risquerait de se retrouver avec deux propriétés — celle qu'il voulait obtenir et une autre dont il ne voulait pas. En outre, l'action en exécution intégrale est souvent motivée par l'absence de biens de substitution sur le marché. Il est incohérent que le demandeur qui allègue de manière justifiée l'absence de biens de substitution

of Equitable Defenses" (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 1201).

[94] In the end, the trial judge dismissed the claim for specific performance. However, that does not mean that Southcott acted unreasonably in pursuing the claim. Whether a plaintiff had a "fair, real, and substantial justification" for maintaining a specific performance claim is a different question from whether specific performance should be granted at the conclusion of the trial when all the evidence is in and appraised by the trial judge. Plaintiffs can never be certain that an action for specific performance will succeed, particularly as this is an equitable, discretionary remedy. Demanding that losses be mitigated unless success in obtaining specific performance is assured would deter valid claims for specific performance and hold plaintiffs to an impossible standard.

[95] The trial judge, while ultimately rejecting Southcott's claim for specific performance, did not find that Southcott acted unreasonably in pursuing that remedy. Nor does there appear to be a basis for such a finding. It can be fairly argued that Southcott did not act unreasonably in pursuing specific performance of the contract. The property was uniquely suited to Southcott's needs for single-family residential development within the City of Toronto. Though the common law presumption of the uniqueness of real property no longer holds, a claim for specific performance may still be reasonable if a property has unique characteristics such that a substitute property is not readily available: *Semelhago v. Paramadevan*, [1996] 2 S.C.R. 415, at para. 22. Southcott's contention that there was no comparable substitute property found support in the evidence.

[96] Another reason for failing to acquire and develop a substitute property, assuming such a

sur le marché ait la possibilité d'acquérir ces mêmes biens (E. Yorio, « A Defense of Equitable Defenses » (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 1201).

[94] En définitive, le juge de première instance a rejeté la demande d'exécution intégrale. Cela ne signifie pas cependant que Southcott a agi de façon déraisonnable en présentant cette demande. La question de savoir si le demandeur avait des « motifs équitables, réels et importants » qui le justifiaient de donner suite à son action en exécution intégrale se distingue de celle de savoir s'il y a lieu d'ordonner l'exécution intégrale à l'issue du procès, une fois que toute la preuve est versée au dossier et appréciée par le juge de première instance. Les demandeurs ne peuvent jamais avoir la certitude que leur action en exécution intégrale sera accueillie, d'autant plus qu'il s'agit d'une réparation en equity qui est discrétionnaire. Exiger des demandeurs qu'ils mitigent leurs pertes s'ils ne sont pas assurés d'obtenir une ordonnance d'exécution intégrale les dissuaderait de présenter des demandes valides d'exécution intégrale et leur imposerait une norme impossible à satisfaire.

[95] Tout en rejetant finalement l'action de Southcott en exécution intégrale, le juge de première instance n'a pas conclu que Southcott avait agi de manière déraisonnable en exerçant ce recours. Rien ne semble appuyer une telle conclusion. On pourrait à juste titre prétendre que Southcott était justifiée de réclamer l'exécution intégrale du contrat. La propriété se prêtait particulièrement bien aux besoins de Southcott pour la construction d'un complexe résidentiel unifamilial dans la ville de Toronto. Même si la présomption de la common law en faveur du caractère unique des biens immeubles n'a plus sa place, une action en exécution intégrale peut quand même être justifiée si un bien possède des caractéristiques uniques faisant en sorte qu'il ne serait pas facile de le remplacer par un autre bien : *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415, par. 22. La preuve appuyait la prétention de Southcott selon laquelle aucun terrain de substitution comparable n'était disponible.

[96] Le manque de ressources financières constitue une autre raison pour laquelle Southcott n'a pas

property had been available, is that Southcott lacked financial resources. Southcott did not have the financial capacity to go into the market and purchase a substitute property. It was a single-purpose company with no assets other than the $344,000 advanced to it by Ballantry for the deposit on the target property (trial judgment, at para. 137). Whether it could have obtained financing to buy a different property is at the very least speculative.

[97] In summary, I see no basis for concluding that Southcott acted unreasonably in failing to mitigate its loss, assuming that opportunities to do so were available.

V. Conclusion

[98] I see no basis upon which to set aside the trial judge's conclusion that the defendant did not prove that the plaintiff unreasonably failed to mitigate its loss. His conclusions find support in the evidence and the law.

[99] I would allow the appeal and restore the judgment of the trial judge.

Appeal dismissed with costs. Cross-appeal dismissed without costs, McLACHLIN C.J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Davis Moldaver, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Miller Thomson, Toronto.

acquis et mis en valeur une propriété de substitution, en supposant qu'une telle propriété ait été disponible. Southcott n'avait pas la capacité financière d'acheter sur le marché un terrain de substitution. Cette société à but unique avait pour seuls actifs les 344 000 $ avancés par le groupe Ballantry pour verser le dépôt en vue de l'achat du terrain du conseil scolaire (jugement de première instance, par. 137). La question de savoir si elle aurait pu obtenir le financement pour l'achat d'un terrain différent reste à tout le moins conjecturale.

[97] En résumé, je ne vois aucune raison de conclure que Southcott a agi de façon injustifiée en faisant défaut de mitiger sa perte, en supposant qu'elle ait eu des possibilités de le faire.

V. Conclusion

[98] Je ne vois rien qui m'autorise à écarter la conclusion du juge de première instance selon laquelle le défendeur n'a pas prouvé que le défaut de la demanderesse de mitiger sa perte était injustifié. La preuve et la jurisprudence étayent ses conclusions.

[99] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement du juge de première instance.

Pourvoi rejeté avec dépens. Pourvoi incident rejeté sans dépens, la juge en chef McLACHLIN *est dissidente.*

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Davis Moldaver, Toronto.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Miller Thomson, Toronto.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Standard of review — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music downloaded and streamed from the Internet — Whether decision reviewable on standard of reasonableness or correctness.

ROGERS COMMUNICATIONS INC. v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA, 283.

2. Judicial review — Standard of review — Copyright Board deeming that photocopies of excerpts of textbooks and other copyrighted works did not constitute fair dealing — Whether decision reviewable on standard of reasonableness or correctness — Whether Board made reviewable error.

ALBERTA (EDUCATION) v. CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS COPYRIGHT), 345.

CIVIL PROCEDURE

1. Exception to dismiss action — Tree falling on vehicle causing driver's death — Driver's family members filing action in damages against city where accident occurred — Whether civil claim barred by virtue of public automobile insurance scheme's application — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 75.1, 165(4) — Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25, s. 83.57.

WESTMOUNT (CITY) v. ROSSY, 136.

2. Parties — Standing — Public interest standing — Public interest group and individual working on behalf of sex workers initiating constitutional challenge to prostitution provisions of Criminal Code — Whether constitutional challenge constituting a reasonable and effective means to bring case to court — Whether public interest group and individual should be granted public interest standing.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. DOWNTOWN EASTSIDE SEX WORKERS UNITED AGAINST VIOLENCE SOCIETY, 524.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Division of powers — Labour relations — Company normally and habitually providing crane and heavy equipment rental services and, to lesser extent, stevedoring services — Whether stevedoring activities form part of federal jurisdiction over shipping — Whether stevedoring activities form integral part of federally regulated undertaking — Whether company's employees governed by federal or provincial occupational health and safety legislation — Constitution Act, 1867, ss. 91(10), 92(10), (13).

TESSIER LTÉE v. QUEBEC (COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU TRAVAIL), 3.

2. Charter of Rights — Remedy — Stay of proceedings — Accused prisoner and prison guard both suffering injuries as a result of altercation — Accused charged with assault and intimidation of a justice system participant — Trial judge acquitting accused of assault charges and staying charge of intimidation of a justice system participant on ground that his s. 7 Charter rights had been breached — Whether stay of proceedings was a proper remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

R. v. BELLUSCI, 509.

CONTRACTS

Commercial contracts — Remedies — Specific performance — Duty to mitigate — Single-purpose company entering into agreement for purchase of land — Vendor breaching contractual obligations — Company seeking specific performance — Whether single-purpose company must mitigate its losses — Whether plaintiff seeking specific performance has obligation to mitigate its losses — Whether trial judge erred in concluding there were no comparable properties available for mitigation.

SOUTHCOTT ESTATES INC. v. TORONTO CATHOLIC DISTRICT SCHOOL BOARD, 675.

COURTS

1. Supreme Court of Canada — Security — Whether applicants on application for leave to appeal must provide security for amounts they would have to pay should their appeals to Court be unsuccessful — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 40, 60(1)(b) — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 47.

CINAR CORPORATION V. ROBINSON, 55.

2. Decisions — Stare decisis — Whether subordinate courts may overrule higher court precedent — Circumstances in which prior Supreme Court of Canada decisions will be reconsidered or revised.

CANADA V. CRAIG, 489.

3. Open court principle — Publication bans — Children — 15-year-old victim of sexualized cyberbullying applying for order requiring Internet provider to disclose identity of person(s) using IP address to publish fake and allegedly defamatory Facebook profile — Victim requesting to proceed anonymously in application and seeking publication ban on contents of fake profile — Whether victim required to demonstrate specific harm or whether court may find objectively discernable harm.

A.B. V. BRAGG COMMUNICATIONS INC., 567.

CRIMINAL LAW

1. Offences — Manslaughter — Causation — Accused punching victim in head during barroom altercation rendering him unconscious — Third party intervening and punching victim in head — Victim dying from injuries — When does an intervening act by another person sever causal connection between accused's act and victim's death, thereby absolving accused of legal responsibility? — Whether it was open to trial judge to find that accused's assaults remained a significant contributing cause of death despite intervening act.

R. V. MAYBIN, 30.

2. Appeals — Whether trial judge applied incorrect legal principles in addressing fault component of offence — If so, whether error was harmless — If appeal allowed, whether Court should order new trial or direct an acquittal — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. V. ROY, 60.

3. Dangerous operation of motor vehicle — Elements of offence — Mens rea — Whether proof of actus reus without more can support inference that required fault element is present — Whether accused's conduct displayed a marked departure from standard of care — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 249.

R. V. ROY, 60.

4. Offences — Disobeying order of court — Criminal charge laid for disobeying superior court order in civil matter — Criminal Code provision making it criminal offence to disobey court order unless "a punishment or other mode of proceeding is expressly provided by law" — Rules of Civil Procedure providing for contempt procedures — Whether exception to Criminal Code provision applies — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 127 — Ontario Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rules 60.11, 60.12.

R. V. GIBBONS, 92.

5. Defences — Provocation — Accused convicted of second degree murder — Whether defence of provocation should have been put to jury — Whether objective element of provocation had an air of reality — Whether trial judge committing errors in instructions to jury — If so, whether curative proviso applicable.

R. V. MAYURAN, 162.

6. Criminal organization — Commission of offence for criminal organization — Accused purchasing drugs from and supplying drugs to large drug-trafficking organization — Whether trial judge erred in finding that accused operated in association with criminal organization when he acted as its client and its supplier — Meaning of phrase "in association with" in s. 467.12 of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

R. V. VENNERI, 211.

7. Criminal organization — Instructing commission of offence for criminal organization — Accused purchasing drugs from and supplying drugs to large drug-trafficking organization — Degree of organization or structure required to support finding that group constitutes "criminal organization" — Whether trial judge erred in finding that accused was member of criminal organization — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 467.1 "criminal organization", s. 467.13.

R. V. VENNERI, 211.

8. Issue estoppel — Application — Crown seeking to prove that Hells Angels is criminal organization — Whether doctrine of issue estoppel applies on basis that issue was decided adversely to Crown in prior multi-issue jury trial.

R. V. PUNKO, 396.

9. Offences — Kidnapping — Whether kidnapping is a continuing offence encompassing subsequent confinement of victim — Whether persons who willingly or knowingly choose to participate in subsequent confinement become parties to the

CRIMINAL LAW — (Continued)

offence of kidnapping — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1), 279(1).

R. v. VU, 411.

10. Evidence — Admissibility — New evidence — Accused seeking to admit psychiatric evidence on appeal — Whether evidence could have been adduced at trial with due diligence — Whether evidence could reasonably be expected to have affected result at trial.

R. v. WALLE, 438.

11. Murder — Elements of offence — Mens rea — Accused convicted of second degree murder after shooting victim in chest at close range — Whether trial judge erred in resorting to common sense inference that person usually knows predictable consequences of actions and means to bring them about without first considering whole of evidence bearing on accused's mental state at time of shooting.

R. v. WALLE, 438.

12. Sentencing — Probation — Courts empowered to issue probation orders in addition to imprisonment for a term not exceeding two years — Whether "imprisonment for a term not exceeding two years" relates only to imprisonment imposed by a sentencing court at a single sitting or aggregate of all sentences imposed on offender — Whether probation can be ordered where offender is subject to multiple sentences that, if aggregated, exceed two years — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 731(1)(b).

R. v. KNOTT, 470.

13. Appeals — Powers of Court of Appeal — Court of Appeal overturning stay of proceedings entered by trial judge and remitting matter back to trial court for continuation of trial — Whether Court of Appeal erred in interfering with trial judge's decision to grant stay — Whether Court of Appeal has power to order continuation of trial — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(4), (8).

R. v. BELLUSCI, 509.

14. Aggravated assault — Consent — Fraud — Non-disclosure of HIV status — Accused undergoing antiretroviral therapy and having protected and unprotected sexual relations knowing he was HIV-positive — Whether approach outlined in R. v. Cuerrier, [1998] 2 S.C.R. 371, remains valid in determining whether fraud vitiates consent to sexual relations — Whether non-disclosure of HIV status in circumstances where no realistic possibility of transmission exists can constitute fraud vitiating consent — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268, 273.

R. v. MABIOR, 584.

CRIMINAL LAW — (Concluded)

15. Evidence — Credibility — Sexual assault and aggravated assault — Non-disclosure of HIV status — Proof of realistic possibility of transmission of HIV — Whether trial judge could rely on doctor's note as confirmatory evidence of complainant's testimony that no condom had been used — Whether trial judge committed error on question of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 268, 271, 686(1)(a)(ii).

R. v. D.C., 626.

16. Evidence — Failure to testify — Charge to jury — Accused did not testify but incriminated by co-accused's testimony — Co-accused's counsel inviting jury to infer accused's guilt from failure to testify — Trial judge refrained from giving remedial instruction to jury about accused's right to silence — Whether trial judge prohibited by Canada Evidence Act from affirming right to silence — Whether failure to give explicit remedial instruction constituted error — If so, whether curative proviso applicable — Canada Evidence Act, s. 4(6) — Criminal Code, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. PROKOFIEW, 639.

17. Evidence — Hearsay — Whether trial judge's erroneous admission of hearsay evidence sufficiently serious to preclude application of curative proviso — Criminal Code, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. PROKOFIEW, 639.

18. Parties to offences — Doing or omitting to do anything to aid any person to commit offence — Accused entrusting property to son and failing to report son's marijuana cultivation on property — Evidence insufficient to establish that accused aided in commission of offence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 21(1)(b).

R. v. ROCHON, 673.

CROWN LAW

Real property and immovables — Taxation — Payments in lieu of taxes — Minister's valuation of Halifax Citadel National Historic Site millions of dollars lower than value determined by local assessment authority — What is the scope of Minister's discretion to determine "property value" for purposes of making payments in lieu of taxes — What standard of judicial review applies to determination — Was Minister's determination of property value reasonable? — Payments in Lieu

CROWN LAW — (Concluded)

of Taxes Act, R.S.C. 1985, c. M-13, ss. 2(1), 4(1) — Assessment Act, R.S.N.S. 1989, c. 23, s. 42(1).

HALIFAX (REGIONAL MUNICIPALITY) v. CANADA (PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES), 108.

INSURANCE

Automobile insurance — No-fault public automobile insurance scheme — Tree falling on vehicle causing driver's death — Type of causal link necessary between damage and automobile — Whether driver's injuries were "caused by an automobile, by the use thereof or by the load carried in or on an automobile" — Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25, s. 1 "accident", "damage caused by an automobile".

WESTMOUNT (CITY) v. ROSSY, 136.

INTELLECTUAL PROPERTY

1. Copyright — Right to communicate a work to the public by telecommunication — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music contained in video games sold for download on Internet — Whether transmission of musical works contained in a video game through an Internet download is a communication to the public — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(f).

ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA, 231.

2. Copyright — Right to communicate a work to the public by telecommunication — Copyright Board certifying tariff for communication rights in copyrighted music downloaded and streamed from the Internet — Meaning of "to the public" — Whether a point-to-point transmission from the website of an online music service to an individual customer is a private communication — Whether streaming of files from the Internet triggered by individual users constitutes communication to the public of the musical works contained therein by online music services who make the files available for streaming — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(f).

ROGERS COMMUNICATIONS INC. v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA, 283.

3. Copyright — Infringement — Exception — Fair dealing — Online music service providers giving customers the ability to listen to free previews of musical works prior to purchase of musical works — Collective society seeking to collect royalties for use of previews — Whether the use of previews constitutes "fair dealing" — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 29.

SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA v. BELL CANADA, 326.

4. Copyright — Infringement — Exception — Fair dealing — Teachers making photocopies of excerpts of textbooks and other copyrighted works to distribute to students as part of class instruction — Collective society seeking to collect royalties for photocopies of excerpts — Whether elementary and secondary schools can claim the benefit of "fair dealing" exception for copies of works made at the teachers' initiative with instructions to students that they read the material — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 29.

ALBERTA (EDUCATION) v. CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS COPYRIGHT), 345.

5. Copyright — Whether pre-existing recording incorporated into soundtrack of cinematographic work constitutes a sound recording subject to payment of tariff — Whether soundtrack of cinematographic work consists of aggregate of sounds or component parts — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 "sound recording", 19.

RE:SOUND v. MOTION PICTURE THEATRE ASSOCIATIONS OF CANADA, 376.

NARCOTICS

Possession for purpose of trafficking — Constructive or joint possession — Trial judge finding that accused conspired with others to engage in drug trafficking — Whether accused jointly possessed cocaine seized at co-conspirators' homes — Whether possession of cocaine was foreseeable consequence of conspiring to traffic in cocaine — Whether conviction of accused amounted to unreasonable verdict within meaning of s. 686(1)(a)(i) of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2).

R. v. VENNERI, 211.

TAXATION

Income Tax — Deduction of farming losses — Taxpayer drawing income from farming and other sources — Taxpayer deducting farming losses from total income — Whether farm income combined with other income constitutes chief source of income — Whether totality of farming losses deductible

TAXATION — (Concluded)

from income — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 31(1)(a).

CANADA v. CRAIG, 489.

TORTS

1. Negligence — Standard of care — Contributory negligence — Child running into path of oncoming bus suffering severe injuries — Whether trial judge erred in improperly inviting jury to find child responsible for accident — Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1989, c. 293, s. 248.

ANNAPOLIS COUNTY DISTRICT SCHOOL BOARD v. MARSHALL, 84.

TORTS — (Concluded)

2. Negligence — Causation — Motor vehicle accident — Motorcycle passenger injured in crash — Passenger alleging driver's negligence in operation of motorcycle caused injury — Whether trial judge erred in insisting on scientific reconstruction evidence to prove causation, and in applying "material contribution" test rather than "but for" test to determine causation.

CLEMENTS v. CLEMENTS, 181.

INDEX

ASSURANCE

Assurance automobile — Régime public d'assurance automobile sans égard à la responsabilité — Arbre tombé sur un véhicule cause la mort du conducteur — Type de lien de causalité nécessaire entre le préjudice et l'automobile — Le préjudice subi par le conducteur a-t-il été « causé par une automobile, par son usage ou par son chargement »? — Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25, art. 1 « accident », « préjudice causé par une automobile ».

WESTMOUNT (VILLE) c. ROSSY, 136.

CONTRATS

Contrats commerciaux — Recours — Exécution intégrale — Obligation de mitiger le préjudice — Promesse d'achat d'un terrain par une société à but unique — Inexécution de la promesse de vente par le promettant-vendeur — Demande d'exécution intégrale par la société — Une société à but unique doit-elle mitiger ses pertes? — La demanderesse qui cherche à obtenir l'exécution intégrale a-t-elle l'obligation de mitiger ses pertes? — Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure qu'aucun immeuble comparable n'aurait pu servir à mitiger le préjudice?

SOUTHCOTT ESTATES INC. c. TORONTO CATHOLIC DISTRICT SCHOOL BOARD, 675.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Homologation d'un tarif par la Commission du droit d'auteur relativement au droit de communiquer par téléchargement ou transmission en continu une œuvre musicale protégée — La décision est-elle susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision raisonnable ou de la norme de la décision correcte?

ROGERS COMMUNICATIONS INC. c. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE, 283.

DROIT ADMINISTRATIF — (Fin)

2. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Conclusion de la Commission du droit d'auteur selon laquelle la photocopie de passages de manuels et d'autres ouvrages protégés par le droit d'auteur n'équivaut pas à une utilisation équitable — La décision est-elle assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable ou à celle de la décision correcte? — La Commission a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire?

ALBERTA (ÉDUCATION) c. CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS COPYRIGHT), 345.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Partage des compétences — Relations du travail — Société loue normalement et habituellement des grues et de la machinerie lourde et, dans une moindre mesure, offre des services de débardage — Les activités de débardage sont-elles visées par la compétence du fédéral relativement à la navigation et aux bâtiments ou navires? — Les activités de débardage font-elles partie intégrante d'une entreprise assujettie à la réglementation fédérale? — Les employés de la société sont-ils régis par la législation fédérale ou par la législation provinciale en matière de santé et sécurité au travail? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10), 92(10), (13).

TESSIER LTÉE c. QUÉBEC (COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU TRAVAIL), 3.

2. Charte des droits — Réparation — Arrêt des procédures — Blessures subies par un détenu accusé et par un agent de détention lors d'une altercation — Accusations de voies de fait et d'intimidation d'une personne associée au système judiciaire — Acquittement de l'accusé en première instance à l'égard des accusations de voies de fait et arrêt des procédures ordonné par le juge du procès relativement au chef d'intimidation en raison de l'atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la Charte — L'arrêt des procédures constituait-il une réparation convenable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

R. c. BELLUSCI, 509.

DROIT CRIMINEL

1. Infractions — Homicide involontaire coupable — Causalité — Accusé ayant fait perdre connaissance à la victime en lui assenant un coup de poing à la tête lors d'une bagarre dans un bar — Intervention d'un tiers qui a frappé la victime à la tête — Victime décédée à la suite de ses blessures — Quand un acte intermédiaire commis par un tiers rompt-il le lien de causalité entre l'acte de l'accusé et la mort de la victime de sorte que l'accusé est exonéré de toute responsabilité légale? — Le juge du procès pouvait-il conclure que les agressions commises par l'accusé demeuraient une cause ayant contribué à la mort de façon appréciable malgré l'acte intermédiaire?

R. c. MAYBIN, 30.

2. Appels — Le juge du procès a-t-il appliqué des principes de droit erronés lors de l'examen de l'élément de faute de l'infraction? — Dans l'affirmative, son erreur était-elle sans conséquence? — Si l'appel est accueilli, la Cour devrait-elle ordonner la tenue d'un nouveau procès ou prononcer un acquittement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1) b)(iii).

R. c. ROY, 60.

3. Conduite dangereuse d'un véhicule à moteur — Éléments de l'infraction — Mens rea — La preuve de l'actus reus de l'infraction permet-elle, à elle seule, de conclure à l'existence de l'élément de faute requis? — La conduite de l'accusé constitue-t-elle un écart marqué par rapport à la norme de diligence? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 249.

R. c. ROY, 60.

4. Infractions — Désobéissance à une ordonnance du tribunal — Dépôt d'une accusation criminelle pour désobéissance à une ordonnance d'une cour supérieure en matière civile — Une disposition du Code criminel fait de la désobéissance à une ordonnance judiciaire une infraction criminelle à moins que « la loi ne prévoie expressément une peine ou un autre mode de procédure » — Procédure pour outrage établie par les Règles de procédure civile — Est-ce que l'exception prévue par la disposition du Code criminel s'applique? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 127 — Règles de procédure civile de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 60.11, 60.12.

R. c. GIBBONS, 92.

5. Moyens de défense — Provocation — Déclaration de culpabilité prononcée à l'encontre de l'accusée pour meurtre au deuxième degré — Le moyen de défense de provocation aurait-il dû être soumis au jury? — L'élément objectif de la défense de provocation est-il établi de sorte que la défense est vraisemblable? — La juge du procès a-t-elle commis des erreurs en instruisant le jury? — Si oui, la disposition réparatrice s'applique-t-elle?

R. c. MAYURAN, 162.

DROIT CRIMINEL — (Suite)

6. Organisation criminelle — Charger une personne de commettre une infraction au profit d'une organisation criminelle — Achat et vente de drogue par l'accusé à une vaste organisation de trafic de stupéfiants — Degré d'organisation ou de structure nécessaire pour fonder la conclusion qu'un groupe constitue une « organisation criminelle » — Le juge du procès a-t-il fait erreur en concluant que l'accusé était membre d'une organisation criminelle? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 467.1 « organisation criminelle », art. 467.13.

R. c. VENNERI, 211.

7. Organisation criminelle — Perpétration d'une infraction au profit d'une organisation criminelle — Achat et vente de drogue par l'accusé à une vaste organisation de trafic de stupéfiants — Le juge du procès a-t-il fait erreur en concluant que l'accusé agissait en association avec l'organisation criminelle lorsqu'il était son client et son fournisseur? — Interprétation de l'expression « en association avec » à l'art. 467.12 du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

R. c. VENNERI, 211.

8. Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Application — Tentative par le ministère public de prouver que les Hells Angels sont une organisation criminelle — La doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique-t-elle en raison d'une conclusion défavorable au ministère public sur cette question dans un procès antérieur tenu devant jury et soulevant plus d'une question?

R. c. PUNKO, 396.

9. Infractions — Enlèvement — L'infraction d'enlèvement est-elle une infraction continue qui englobe la séquestration subséquente de la victime? — Les personnes qui choisissent volontairement et sciemment de prendre part à la séquestration subséquente participent-elles à l'infraction d'enlèvement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1), 279(1).

R. c. VU, 411.

10. Meurtre — Éléments de l'infraction — Mens rea — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré après avoir tué la victime d'un coup de feu tiré à courte distance dans la poitrine — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en appliquant la déduction conforme au bon sens selon laquelle une personne connaît généralement les conséquences prévisibles de ses actes et pose ces actes afin d'entraîner ces conséquences, sans avoir au préalable examiné l'ensemble de la preuve relative à l'état mental de l'accusé au moment du coup de feu?

R. c. WALLE, 438.

11. Preuve — Admissibilité — Nouvelle preuve — Demande de l'accusé en vue de faire admettre une preuve d'ordre psychiatrique en appel — La preuve aurait-elle pu être produite au procès si on avait fait montre de diligence

DROIT CRIMINEL — (Suite)

raisonnable? — Peut-on raisonnablement penser que la preuve aurait influé sur le résultat du procès?

R. c. WALLE, 438.

12. Détermination de la peine — Probation — Pouvoir des tribunaux de rendre une ordonnance de probation en plus d'un emprisonnement maximal de deux ans — L'expression « emprisonnement maximal de deux ans » s'entend-elle uniquement de la période d'emprisonnement imposée par un tribunal lors d'une seule et même séance ou plutôt de la somme de toutes les peines infligées au délinquant? — Une ordonnance de probation peut-elle être rendue à l'égard d'un délinquant faisant l'objet de multiples peines d'emprisonnement qui, additionnées, excéderaient deux ans? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 731(1)b).

R. c. KNOTT, 470.

13. Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Annulation par la Cour d'appel de l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès et renvoi de l'affaire au tribunal de première instance pour la continuation du procès — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de modifier la décision du juge du procès d'ordonner l'arrêt des procédures? — Avait-elle le pouvoir d'ordonner la continuation du procès? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(4), (8).

R. c. BELLUSCI, 509.

14. Agression sexuelle grave — Consentement — Fraude — Omission de révéler la séropositivité — Accusé sous traitement aux antirétroviraux ayant des rapports sexuels protégés et non protégés tout en se sachant séropositif — La démarche établie dans R. c. Cuerrier, [1998] 2 R.C.S. 371, demeure-t-elle valable pour déterminer si la fraude vicie le consentement aux rapports sexuels? — L'omission de révéler la séropositivité lorsqu'il n'existe aucune possibilité réaliste de transmission du VIH peut-elle constituer une fraude viciant le consentement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c), 268, 273.

R. c. MABIOR, 584.

15. Preuve — Crédibilité — Agression sexuelle et voies de fait graves — Omission de révéler la séropositivité — Preuve d'une possibilité réaliste de transmission du VIH — Le juge du procès pouvait-il considérer la note d'un médecin comme un élément de preuve corroborant le témoignage du plaignant concernant l'inutilisation d'un condom? — A-t-il commis une erreur de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)c), 268, 271, 686(1)a)(ii).

R. c. D.C., 626.

16. Preuve — Défaut de témoigner — Exposé au jury — Témoignage d'un coaccusé incriminant l'accusé, qui n'a pas témoigné — Jury invité par l'avocat du coaccusé à inférer la culpabilité de l'accusé du défaut de ce dernier de

DROIT CRIMINEL — (Fin)

témoigner — Abstention du juge du procès de donner au jury une directive correctrice au sujet du droit de l'accusé de garder le silence — La Loi sur la preuve au Canada interdit-elle au juge du procès de faire état du droit de garder le silence? — Le défaut de donner une directive correctrice explicite a-t-il constitué une erreur? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice est-elle applicable? — Loi sur la preuve au Canada, art. 4(6) — Code criminel, art. 686(1)b)(iii).

R. c. PROKOFIEW, 639.

17. Preuve — Ouï-dire — L'admission erronée de la preuve par ouï-dire par le juge du procès est-elle une erreur suffisamment grave pour faire obstacle à l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, art. 686(1)b)(iii).

R. c. PROKOFIEW, 639.

18. Participants aux infractions — Accomplir ou omettre d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à commettre une infraction — Propriété confiée par l'accusée à son fils et omission par la première de signaler la culture par le second de marijuana sur cette propriété — Preuve insuffisante pour établir que l'accusée a aidé à commettre l'infraction — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1)b).

R. c. ROCHON, 673.

DROIT DE LA COURONNE

Immeubles et biens réels — Taxation — Paiements versés en remplacement d'impôts — Attribution, par le ministre, au lieu historique national du Canada de la Citadelle-d'Halifax, d'une valeur inférieure de plusieurs millions de dollars à la valeur établie par l'autorité évaluatrice locale — Quelle est l'étendue du pouvoir discrétionnaire du ministre d'établir la « valeur effective » pour le besoin du versement des paiements en remplacement d'impôts? — Quelle norme de contrôle judiciaire s'applique à cette décision? — La décision du ministre quant à la valeur effective était-elle raisonnable? — Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts, L.R.C. 1985, ch. M-13, art. 2(1), 4(1) — Assessment Act, R.S.N.S. 1989, ch. 23, art. 42(1).

HALIFAX (REGIONAL MUNICIPALITY) c. CANADA (TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX), 108.

DROIT FISCAL

Impôt sur le revenu — Déduction des pertes agricoles — Revenu tiré par le contribuable de l'agriculture et d'autres

DROIT FISCAL — (Fin)

sources — Pertes agricoles déduites par le contribuable de son revenu total — La combinaison du revenu agricole et d'un autre revenu constitue-t-elle la principale source de revenu? — La totalité des pertes agricoles est-elle déductible du revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 31(1)a).

CANADA c. CRAIG, 489.

PROCÉDURE CIVILE

1. Moyens de non-recevabilité — Arbre tombé sur un véhicule cause la mort du conducteur — Membres de la famille du conducteur intentent une poursuite en dommages-intérêts contre la ville où s'est produit l'accident — La poursuite civile est-elle irrecevable du fait de l'application du régime public d'assurance automobile? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 75.1, 165(4) — Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25, art. 83.57.

WESTMOUNT (VILLE) c. ROSSY, 136.

2. Parties — Qualité pour agir — Qualité pour agir dans l'intérêt public — Groupe de défense de l'intérêt public et individu œuvrant pour les travailleuses du sexe à l'origine d'une contestation constitutionnelle des dispositions du Code criminel relatives à la prostitution — La contestation constitutionnelle constitue-t-elle une manière raisonnable et efficace de soumettre la cause à la cour? — Le groupe de défense de l'intérêt public et l'individu devraient-ils se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public?

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. DOWNTOWN EASTSIDE SEX WORKERS UNITED AGAINST VIOLENCE SOCIETY, 524.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

1. Droit d'auteur — Droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication — Homologation d'un tarif par la Commission du droit d'auteur relativement au droit de communication d'une œuvre musicale protégée contenue dans un jeu vidéo vendu par téléchargement Internet — La transmission d'une œuvre musicale contenue dans un jeu vidéo par téléchargement Internet constitue-t-elle une communication au public? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1)f).

ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION c. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE, 231.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE — (Fin)

2. Droit d'auteur — Droit de communiquer une œuvre au public par télécommunication — Homologation d'un tarif par la Commission du droit d'auteur relativement au droit de communiquer par téléchargement ou transmission en continu une œuvre musicale protégée — Signification d'« au public » — La transmission point à point du site Web d'un service de musique en ligne à un consommateur individuel constitue-t-elle une communication privée? — La transmission en continu de fichiers sur Internet à la demande d'utilisateurs individuels constitue-t-elle une communication au public, par le service de musique en ligne qui l'offre, des œuvres musicales contenues dans les fichiers? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1)f).

ROGERS COMMUNICATIONS INC. c. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE, 283.

3. Droit d'auteur — Violation — Exception — Utilisation équitable — Services de musique en ligne offrant au consommateur, avant l'achat d'une œuvre musicale, la possibilité d'en écouter gratuitement un extrait — Société de gestion collective alléguant le droit de percevoir une redevance pour l'écoute préalable d'un extrait — Cette écoute constitue-t-elle une « utilisation équitable »? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE c. BELL CANADA, 326.

4. Droit d'auteur — Violation — Exception — Utilisation équitable — Photocopie d'extraits de manuels et d'autres ouvrages protégés par le droit d'auteur, par des enseignants, pour distribution en classe aux élèves — Demande présentée par une société de gestion collective afin qu'elle puisse percevoir des redevances pour la photocopie d'extraits — Les écoles des niveaux élémentaire et secondaire peuvent-elles bénéficier de l'exception de l'« utilisation équitable » à l'égard des copies que l'enseignant fait de son propre chef et qu'il donne à lire aux élèves? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 29.

ALBERTA (ÉDUCATION) c. CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS COPYRIGHT), 345.

5. Droit d'auteur — Un enregistrement préexistant incorporé à la bande sonore d'une œuvre cinématographique constitue-t-il un enregistrement sonore qui donne droit à une rémunération fondée sur un tarif? — La bande sonore d'une œuvre cinématographique est-elle constituée d'un ensemble de sons ou de composantes? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « enregistrement sonore », 19.

RÉ:SONNE c. FÉDÉRATION DES ASSOCIATIONS DE PROPRIÉTAIRES DE CINÉMAS DU CANADA, 376.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Négligence — Norme de diligence — Négligence contributive — Enfant gravement blessé après s'être élancé sur la chaussée dans la trajectoire d'un autobus — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en invitant à tort le jury à tenir l'enfant responsable de l'accident? — Motor Vehicle Act, R.S.N.S. 1989, ch. 293, art. 248.

ANNAPOLIS COUNTY DISTRICT SCHOOL BOARD c. MARSHALL, 84.

2. Négligence — Causalité — Accident automobile — Blessure subie par le passager d'une motocyclette lors d'un accident — Allégation du passager selon laquelle la négligence dont le conducteur aurait fait preuve en conduisant la motocyclette a causé le préjudice — Le juge de première instance a-t-il fait erreur en insistant sur la nécessité d'une preuve de reconstitution scientifique pour que le tribunal puisse conclure à l'existence d'un lien de causalité, et en appliquant le critère de la « contribution appréciable » plutôt que celui du « facteur déterminant » pour statuer sur la causalité?

CLEMENTS c. CLEMENTS, 181.

STUPÉFIANTS

Possession de drogue en vue d'en faire le trafic — Possession imputée ou conjointe — Conclusion du juge du procès selon laquelle l'accusé avait comploté avec d'autres en vue de se livrer au trafic de la drogue — L'accusé était-il en possession conjointe de la cocaïne saisie aux domiciles de cocomploteurs? — La possession de cocaïne était-elle une conséquence prévisible du complot en vue de faire le trafic de la cocaïne? — La condamnation de l'accusé équivaut-elle à un verdict déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)a)(i) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2).

R. c. VENNERI, 211.

TRIBUNAUX

1. Cour suprême du Canada — Cautionnement — Les demandeurs en autorisation d'appel devraient-ils fournir un cautionnement en garantie de paiement des sommes qu'ils devraient payer si leurs appels devant la Cour échouaient? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40, 60(1)b) — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 47.

CINAR CORPORATION c. ROBINSON, 55.

2. Décisions — Stare decisis — Les cours inférieures peuvent-elles écarter un précédent établi par une cour supérieure? — Circonstances dans lesquelles les arrêts antérieurs de la Cour suprême sont réexaminés ou révisés.

CANADA c. CRAIG, 489.

3. Principe de la publicité des débats judiciaires — Interdictions de publication — Enfants — Demande d'une victime de cyberintimidation à caractère sexuel âgée de 15 ans en vue d'obtenir une ordonnance obligeant un fournisseur de services Internet à divulguer l'identité de la personne ou des personnes qui ont utilisé une adresse IP pour publier un faux profil Facebook censément diffamatoire — Demande de la victime en vue de procéder de façon anonyme et d'obtenir une ordonnance de non-publication du contenu du faux profil — La victime doit-elle faire la preuve d'un préjudice particulier, ou la Cour peut-elle conclure à l'existence d'un préjudice objectivement discernable?

A.B. c. BRAGG COMMUNICATIONS INC., 567.

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